

Die Regionalisierung der gewerblichen Lottovermittlung nach dem Glücksspieländerungs- staatsvertrag

**Gutachten zur Frage der Vereinbarkeit
mit dem deutschen und europäischen
Verfassungs- und Wettbewerbsrecht**

Prof. Dr. Matthias Rossi
Prof. Dr. Hans D. Jarass, LL.M. (Harv.)
Prof. Dr. Andreas Fuchs, LL.M. (Michigan)

Mit einer Einführung von
Rechtsanwalt Dr. Dirk Uwer, LL.M., Mag.rer.publ.

München 2014

Medien und Recht Verlag

LMU München
Universitätsbibliothek
Zentralbibliothek

719

Schriftenreihe zum Europäischen Glücksspielrecht

Herausgegeben von

Michael Schmittmann

Rechtsanwalt in Düsseldorf

Band 5

Die Regionalisierung der
gewerblichen Lottovermittlung
nach dem Glücksspieländerungsstaatsvertrag

Gutachten zur Frage der Vereinbarkeit mit dem
deutschen und europäischen
Verfassungs- und Wettbewerbsrecht

Prof. Dr. Matthias Rossi

Prof. Dr. Hans D. Jarass, LL.M. (Harv.)

Prof. Dr. Andreas Fuchs, LL.M. (Michigan)

Cover: Ulinne Design, Ulrike Linnenbrink
48485 Neuenkirchen

Foto am Cover: © maho – Fotolia.com

Medien und Recht Verlags GmbH – Wien – München
www.medien-recht.com / www.mur-verlag.de

ISBN: 978-3-939438-22-9

Druck: SDL - Schaltungsdienst Lange oHG, Berlin

Inhaltsübersicht

Einführung

Gewerbliche Spielvermittlung und glücksspielrechtliches

Regionalitätsprinzip (*Dr. Dirk Uwer*) IX

Prof. Dr. Matthias Rossi

Regionalisierung im Glücksspielrecht 1

Übersicht	1
Wesentliche Ergebnisse	4
A. Gutachtenauftrag und Prüfungsgegenstand	8
I. Fragestellung	8
II. Prüfungsgegenstand	8
1. Rechtliche Regelungen	8
2. Faktische Wirkungen	12
B. Vereinbarkeit mit Europarecht	16
I. Vorbemerkungen	16
II. Vereinbarkeit mit Wettbewerbsrecht	18
1. Festgestellte Wettbewerbsverstöße	18
2. Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV	20
3. Teilergebnis	23
III. Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten	24
1. Schutzbereich	24
2. Beeinträchtigung	28
3. Rechtfertigung	31
4. Grenzen der Rechtfertigungsmöglichkeit	34
5. Teilergebnis	46
C. Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht	46
I. Formelle Verfassungsmäßigkeit	47
1. Zulässigkeit paralleler Kompetenzausübung	47
2. Missbrauch der Kompetenzausübung	49
3. Verschleierung der verfolgten Ziele	55
4. Missachtung des Abstimmungsgebotes mit dem Bund	61
5. Teilergebnis	64

Inhaltsübersicht

II. Verletzung der Berufsfreiheit	64
1. Schutzbereich der Berufsfreiheit	64
2. Eingriff	65
3. Rechtfertigung	65

Prof. Dr. Hans D. Jarass, LL.M. (Harvard)

Ausgestaltung des Erlaubnisvorbehalts für die gewerbliche Lottovermittlung	77
Übersicht	77
A. Ausgangslage und Problemstellung	80
1. Gegenstand der Untersuchung	80
2. Problemstellung und Untersuchungsgang	82
B. Einfachgesetzliche und wettbewerbsrechtliche Vorgaben	83
I. Veranstaltung von Lotterien	83
1. Veranstaltungsmonopole der Länder und Landeseinrichtungen	83
2. Einheitliches Angebot und Einnahmenverteilung der Landes-Lottogesellschaften	85
3. Vorgaben des Wettbewerbsrechts	86
II. Vermittlung (Vertrieb) von Lotterien	90
1. Erlaubnispflicht, Ermessen, Erlaubnisvoraus- setzungen	90
2. Befristung, Inhaltsbeschränkungen, weitere Neben- bestimmungen	92
3. Ausnahmegenehmigungen für Internet und Werbung	95
4. Zuständigkeitskonzentration	97
5. Folgen	100
C. Vorgaben der Berufsfreiheit	100
I. Grundlagen der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG	101
1. Schutzbereich und Eingriff	101
2. Rechtfertigung von Eingriffen (Allgemeines)	102
II. Rechtmäßigkeit der Festlegung auf eine Landes-Lotto- gesellschaft	106
1. Belastungswirkung	106
2. Ordnungsrechtliche Rechtfertigung	109
3. Wettbewerbsvermeidung und Einnahmesicherung als Rechtfertigungsgrund	112

Inhaltsübersicht

4. Lotteriehochheit der Länder und bundesfreundliches Verhalten	114
D. Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit sowie der unternehmerischen Freiheit	116
I. Grundlagen der Dienstleistungsfreiheit der Art. 56 ff AEUV	116
1. Einschlägige Grundfreiheiten und Beschränkung	116
2. Rechtfertigung von Beschränkungen	119
II. Rechtfertigung der Festlegung auf eine Landes-Lottogesellschaft	122
1. Rechtfertigungsgründe für Festlegung auf die Landes-Lottogesellschaft	122
2. Weitere Anforderungen	124
III. Beachtung der unternehmerischen Freiheit	125
1. Bedeutung der EU-Grundrechte und deren Anwendbarkeit	125
2. Der Schutz der unternehmerischen Freiheit	126
E. Zusammenfassung	128
I. Einfachgesetzliche und wettbewerbsrechtliche Vorgaben	128
II. Vorgaben der Berufsfreiheit	130
III. Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit sowie der unternehmerischen Freiheit	132

Prof. Dr. Andreas Fuchs, LL.M. (Michigan)

Kartellrechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Glücksspieländerungsstaatsvertrag 2012 (GlüÄndStV)

Übersicht	135
A. Gegenstand des Rechtsgutachtens	139
I. Sachverhalt und rechtlicher Hintergrund	139
II. Aufgabenstellung und Gang der Untersuchung	142
B. Kartellrechtswidrige Tätigkeitsbeschränkungen für gewerbliche Lottovermittler durch die Vorschriften des GlüÄndStV und die Erlaubnispraxis	144
I. Anknüpfungspunkte für die kartellrechtliche Prüfung	144
II. Kartellrechtliche Verantwortlichkeit der Bundesländer	146
1. Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. 101 AEUV	146
2. Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV	166

Inhaltsübersicht

3. Ausnahme nach Art. 106 Abs. 2 AEUV?	170
4. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 101, 102 AEUV	172
III. Eigenständige kartellrechtliche Verantwortlichkeit der Lottogesellschaften?	173
1. Fortsetzung der früheren kartellrechtswidrigen Gebietsabsprachen durch die Lottogesellschaften?	173
2. Abgestimmte Verhaltensweise über den wechselseitigen Verzicht auf einen Marktzutritt?	175
3. Spürbare Wettbewerbsbeschränkung und Beeinträchti- gung des zwischenstaatlichen Handels	181
C. Wettbewerbsverstoß durch den vereinheitlichten Internet- vertrieb der Lottogesellschaften über die gemeinsame Plattform „www.lotto.de“	183
I. Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV/§ 1 GWB	183
1. Vereinbarung zwischen Unternehmen	184
2. Wettbewerbsbeschränkung	184
II. Freistellung vom Kartellverbot gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV/§ 2 GWB?	203
1. Effizienzgewinne	203
2. Angemessene Beteiligung der Verbraucher	205
3. Unerlässlichkeit der Beschränkung	205
4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs	205
III. Ausnahme nach Art. 106 Abs. 2 AEUV?	206
D. Kartellrechtliche Anforderungen und Grenzen für Provisionsvereinbarungen	206
I. Kartellrechtliche Anknüpfungspunkte im Überblick	206
II. Anforderungen aus dem Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB	212
1. Die Landeslottogesellschaften als Normadressaten	212
2. Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist	216
3. Ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlung	218
E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	234

Einführung

Gewerbliche Spielvermittlung und glücksspielrechtliches Regionalitätsprinzip

Von Rechtsanwalt Dr. Dirk Uwer, LL.M., Mag.rer.publ.

Der vorliegende Band 5 der Schriftenreihe zum Europäischen Glücksspielrecht dokumentiert drei Rechtsgutachten, die aus verschiedenen Blickwinkeln die „Regionalisierung“ der gewerblichen Spielvermittlung für die „großen“, im Staatsmonopol durch die im Deutschen Lotto- und Totoblock assoziierten Lotteriegesellschaften der Länder veranstalteten Lotterien untersuchen. Die Gutachten rücken ein rechtliches Phänomen in den Mittelpunkt, das mehr als andere der zahlreichen, vielbeklagten Insuffizienzen der Regulierung der deutschen Glücksspielmärkte gleichsam Kristallisationspunkt für die schwerwiegenden, in der öffentlichen Wahrnehmung eher latenten Konflikte der Rechtsetzung und -durchsetzung im Mehrebenensystem ist. Während die aktuelle mediale Aufmerksamkeit vor allem der zunächst versuchten kontrafaktischen Behauptung und Durchsetzung eines staatlichen „Sportwettenmonopols“ und schließlich dessen halbherziger, im Scheitern begriffener Ablösung durch ein Konzessionssystem gilt, ist das spannungsreiche Verhältnis zwischen dem staatlichen Lotterieveranstaltungsmonopol und der im Wettbewerb stattfindenden Vermittlung der staatlich monopolisierten Lotterien offenbar zu komplex, um aus dem Arkanbereich eines kaum bekannten Kompetenzkonflikts zwischen den Geltungsansprüchen des Ordnungsrechts der Länder und höherrangigem Bundes- und Europarecht herauszugelangen. Dem abzuhelpen dient die Veröffentlichung der hiermit einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich gemachten rechtswissenschaftlichen Untersuchungen.

Der faktische Hintergrund, vor dem die in diesem Band vereinten Rechtsgutachten zu sehen sind, mag historisch – und wohl auch: ideologisch – bedingt schwer nachvollziehbar erscheinen: Die von den Ländern für die Veranstaltung der „großen“ Lotterien (vor allem „Lotto 6 aus 49“, das zusammen mit der Zusatzlotterie „Spiel 77“ im Jahr 2013 rund 5 Milliarden Euro Spielumsätze erlöste) gegründeten Landeslotteriegesellschaften haben sich im Deutschen Lotto- und Totoblock (DLTB) zusammengeschlossen, um diese monopolisierten Lotterien gemeinsam und bundesweit einheitlich zu veranstalten. Dabei werden auch die Spieleinsätze bundesweit gepoolt, um möglichst hohe und damit attraktive Jackpots an-

bieten zu können. Gleichzeitig bilden die Landeslotteriegesellschaften im wettbewerbsrechtlichen Sinne ein Gebietskartell, in dem diese über ihr Annahmestellennetz jeweils nur in ihrem Sitzland Glücksspiele anbieten und nicht in Wettbewerb zu den Lotteriegesellschaften anderer Länder treten. Die Verteilung der Spieleinsätze zwischen den Landeslotteriegesellschaften soll dagegen streng regional erfolgen, denn die Länder wollen jeder Landeslotteriegesellschaft das Teilnahmeentgelt der Spielteilnehmer aus dem eigenen Land exklusiv zuweisen.

Neben der Vertriebsorganisation der Lotteriegesellschaften werden die monopolisierten Lotterien seit Jahrzehnten auch von unabhängigen sog. gewerblichen Spielvermittlern vertrieben, die Spielaufträge ihrer Kunden traditionell bei einer Landeslotteriegesellschaft ihrer Wahl eingespielt und dafür in der Vergangenheit individuell ausgehandelte Provisionen erhalten haben. Dadurch kam es zu einem Wettbewerb zwischen den Landeslotteriegesellschaften um die vermittelten Spielaufträge, der insbesondere über die Provisionshöhe für die Spielvermittler ausgetragen wurde. Die Länder hatten zunächst vergeblich versucht, diesen aus ihrer Sicht fiskalisch unerwünschten Wettbewerb zwischen den Landeslotteriegesellschaften durch den Regionalisierungsstaatsvertrag 2004 zu neutralisieren. Er sah vor, die von gewerblichen Spielvermittlern vermittelten Umsätze nach Art eines Länderfinanzausgleichs umzuverteilen. Nachdem das Bundeskartellamt in seiner wegweisenden Entscheidung vom 23. August 2006 und ihm folgend der Bundesgerichtshof in seinem „Lottoblock“-Beschluss vom 14. August 2008 den Regionalisierungsstaatsvertrag angesichts dieser wettbewerbsfeindlichen Zielsetzung für kartellrechtswidrig erklärt und seine weitere Umsetzung untersagt hatten, versuchten die Länder, die Wirkungen dieses Staatsvertrags ordnungsrechtlich durch einen landesbezogenen Erlaubnisvorbehalt für gewerbliche Spielvermittler wiederherzustellen.

Dieses Ziel war eingebettet in eine restriktive Neuregelung des Glücksspielmonopols durch den zum 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Glücksspielstaatsvertrag, dessen Ausgangspunkt das sog. Sportwettenurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 23. März 2006 bildete. Mit ihm hat das Gericht das Veranstaltungsmonopol der Länder für Sportwetten für verfassungswidrig erklärt, weil es nicht konsequent am (behaupteten) Ziel der Suchtprävention ausgerichtet war, sondern letztlich der Mittelerzeugung zugunsten der Landeshaushalte und damit fiskalischen Zwecken diene. Fiskalische Interessen können Eingriffe in die Berufsfreiheit privater Unternehmer aber grundsätzlich nicht rechtfertigen. Wenn der Gesetzgeber sich im Glücksspielbereich für ein Monopolsystem entscheidet, so bewertet das Bundesverfassungsgericht die damit notwendig verbun-

denen Beschränkungen privater Glücksspielanbieter verfassungsrechtlich nur dann als zulässig, wenn der Gesetzgeber die verfolgten Ziele (hier: die Suchtprävention) konsequent verfolgt. Das Bundeskartellamt hatte diese Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts im Sportwettenurteil vollständig und mit ausführlicher Begründung berücksichtigt, als es in seiner Entscheidung vom 23. August 2006 den Wettbewerb zwischen den Landeslotteriegesellschaften um die Umsätze gewerblicher Spielvermittler für zulässig und kartellrechtlich erwünscht erklärte. Beschränkungen gewerblicher Spielvermittler zur Unterbindung dieses Wettbewerbs sind danach kartellrechtlich unzulässig.

Die Landesregierungen waren indes nicht bereit, sich insoweit den Geltungsansprüchen des Wettbewerbsrechts des Bundes und der Europäischen Union zu beugen. Das Sportwettenurteil bot ihnen einen willkommenen Vorwand, das fiskalisch Gewünschte vermeintlich suchtpreventiv camouflieren zu können. Während in den parlamentarischen Beratungen des Lotterie- und vor allem des Regionalisierungsstaatsvertrags 2003 die fiskalisch-haushaltspolitische Begründung klar zu Tage getreten war, figuriert nun der kartellrechtlich schützenswerte Wettbewerb um die von unabhängigen Vermittlern generierten Lotterieumsätze als Verstoß gegen die Verpflichtung der Länder zur Bekämpfung der Glücksspielsucht. In den Verfahrensakten des Bundeskartellamts sind die zum Teil aggressiv artikulierten Anwürfe der Landesregierungen gegen eine Einmischung einer Kartellbehörde in das etablierte Lotto-Gebietskartell in bedrückender Weise festgehalten und bieten zukünftiger rechtswissenschaftlicher Forschung reiches Material.

Die ordnungsrechtlich in das Gewand „Regionalisierung“ eingekleidete Fortsetzung der kartellrechtlich verbotenen Verhaltensweisen schien den Ländern durch eine der Auslegung des Bundeskartellamts diametrale Instrumentalisierung des Sportwettenurteils leichterding möglich. Sie haben die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts zur konsequenten Ausrichtung eines Sportwettenmonopols an der Suchtprävention undifferenziert auf Lotterien übertragen, nicht zuletzt, weil sie befürchteten, dass das Gericht bei nächster Gelegenheit mit der gleichen Begründung auch das fiskalisch viel lukrativere Lotterieveranstaltungsmonopol des Staates verwerfen könnte.

Im Zuge dieser Neuregelung wurde auch die vormals nur gewerberechtlich anzeigepflichtige gewerbliche Spielvermittlung der monopolisierten Lotterien erstmals in § 4 Abs. 1, § 9 Abs. 4 Satz 1 GlüStV a.F. unter einen Erlaubnisvorbehalt gestellt. Gleichzeitig haben die Länder die Geltung der Vermittlererlaubnisse auf das Gebiet des jeweiligen Landes beschränkt. Darüber hinaus wurden gewerbliche Spielvermittler durch Auf-

lagen zu den Vermittlererlaubnissen verpflichtet, ihre bundesweit erzielten Umsätze in dem Land abzuliefern, für das die jeweilige Erlaubnis gilt. Dadurch haben die Länder auf ordnungsrechtlichem Wege erreicht, was ihnen (mittelbar, nämlich als Gesellschafter der Landeslotteriegesellschaften, die uneingeschränkt dem Kartellrecht unterworfen sind) kartellrechtlich rechtskräftig verboten wurde: Die von gewerblichen Spielvermittlern generierten Spieleinsätze werden zwischen den Landeslotteriegesellschaften streng regional aufgeteilt, so dass faktisch jeglicher Wettbewerb um diese Umsätze neutralisiert wird.

Solange die Länder unter dem Glücksspielstaatsvertrag 2008 jeweils für die Erteilung der Erlaubnis zur gewerblichen Spielvermittlung zuständig waren, erblickten sie in § 9 Abs. 4 S. 1 GlüStV die vermeintlich ausreichende Grundlage, die Spielvermittlungserlaubnis mit der auf das jeweilige Bundesland beschränkten Veranstaltungserlaubnis ihrer jeweiligen Landeslotteriegesellschaft in Kongruenz zu bringen, was nach ihrer Interpretation eine „Ablieferungspflicht für Spielumsätze“ implizierte. Dass eine „Landesbeschränkung“ der Erlaubnis freilich keineswegs mit einer „Umsatzallokationspflicht“ identisch ist oder nur einhergeht, zeigen die in diesem Band dokumentierten Untersuchungen.

Dieses Legitimationsdefizit ist durch den Glücksspielstaatsvertrag 2012 noch größer geworden: Die Erteilung der Erlaubnis zur gewerblichen Spielvermittlung ist danach zentral dem Land Niedersachsen überantwortet, das aber keine bundesweite und einheitlich geltende Erlaubnis erteilt, sondern „Erlaubnisse für jedes Bundesland“ im „gebündelten Verfahren“. Im Innenverhältnis liegt den Erlaubnissen eine für das im Außenverhältnis allein handelnde Ministerium bindende Entscheidung des sog. Glücksspielkollegiums (§ 9a Abs. 5 GlüStV) zugrunde. In den Beratungen zum Glücksspielstaatsvertrag 2012 war insoweit zwar noch ein ländereinheitliches Verfahren für die gewerbliche Spielvermittlung diskutiert worden, wie sie der GlüStV für andere Erlaubnisarten – etwa die zentral von Hamburg erteilten Erlaubnisse für Klassenlotterieeinnahmer – vorsieht. Die Länder haben dies letztlich aufgrund der dann noch größeren Risiken, ohne landesspezifische Erlaubnisse (oder jedenfalls deren Fiktion) die Regionalisierung durchsetzen zu könne, aus durchaus offen kommunizierten fiskalischen und kartellrechtswidrigen Gründen abgelehnt und für den auch im GlüStV als Fremdkörper wirkenden Ansatz „gebündelt zu erteilender, aber landesspezifischer Erlaubnisse“ optiert.

Die Rechtsgutachten von Rossi, Jarass und Fuchs widmen sich der Frage nach der Vereinbarkeit der Regionalisierung der gewerblichen Lotterievermittlung methodisch diszipliniert, sie analysieren ihren Gegenstand mit hermeneutischer und dogmatischer Präzision. Sie skandalisieren den

oben skizzierten faktischen Hintergrund selbst dort nicht, wo sich die Regionalisierungsvorgaben leicht als „Rachegesetzgebung“ der Länder gegen das Bundeskartellamt dekuivieren und füglich ohne weiteres diskreditieren ließen und schließlich die historisch-genetische Entkontextualisierung der Glücksspielgesetzgebung so weit fortgeschritten ist, dass die kartellrechtsfeindliche Motivation der „Regionalisierung“ bedauerlicherweise selbst in verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen zur „suchtpräventiven“ Ordnungsrechtsetzung und das Gebietskartell des Deutschen Lotto- und Totoblocks in der medialen Kommunikation der Landesregierungen zur Apotheose eines „gemeinwohlorientierten Staatsvertragsmodells“ stilisiert werden. Die Gutachten leisten mit ihrer sorgfältigen Analyse eines Kernelements des Glücksspielstaatsvertrags und seiner Durchsetzung einen kaum zu überschätzenden wissenschaftlichen Beitrag zur Rationalisierung eines mitunter ideologisch überhöht wirkenden Ordnungsrechtszugriffs auf die Glücksspielmärkte, deren empirische Realität nach besserer Regulierung verlangt – und durch Arbeiten wie die hier dokumentierten in der Zukunft hoffentlich auch erhalten wird.

Der Deutsche Lottoverband e.V. hat die hier dokumentierten Rechtsgutachten beauftragt und ihre Drucklegung unterstützt.

Düsseldorf, im Januar 2014

Dirk Uwer



Regionalisierung im Glücksspielrecht

Prof. Dr. Matthias Rossi)*

Übersicht

Wesentliche Ergebnisse

A. Gutachtenauftrag und Prüfungsgegenstand

I. Fragestellung

II. Prüfungsgegenstand

1. Rechtliche Regelungen

- a) Repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt
- b) Räumliche Begrenzung
- c) Gebündeltes Verfahren
- d) Befristung, Widerruflichkeit und sonstige Nebenbestimmungen

2. Faktische Wirkungen

- a) Bedeutung der Wirkungen für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit
- b) Parzellierung des bundesweiten Marktes
- c) Verhinderung eines Provisionswettbewerbs
- d) Technische Anforderungen
- e) Verfahrensrechtliche Konsequenzen
- f) Fehlender Anreiz zum Freiheitsgebrauch

B. Vereinbarkeit mit Europarecht

I. Vorbemerkungen

II. Vereinbarkeit mit Wettbewerbsrecht

1. Festgestellte Wettbewerbsverstöße

*) Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht sowie Gesetzgebungslehre, Universität Augsburg. Das Rechtsgutachten wurde im Auftrag des Deutschen Lottoverbandes e.V. im Dezember 2012 erstellt.

2. Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV
 - a) Unternehmensadressierte Verbote
 - b) Vorgaben für die Mitgliedstaaten
 3. Teilergebnis
- III. Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten
1. Schutzbereich
 - a) Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit
 - b) Vermittlung von Glücksspielen als Dienstleistung
 - c) Keine Bereichsausnahme
 2. Beeinträchtigung
 3. Rechtfertigung
 - a) Rechtfertigungsgründe des Art. 52 AEUV
 - b) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses
 4. Grenzen der Rechtfertigungsmöglichkeit
 - a) Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten
 - b) Bestimmtheit
 - c) Verhältnismäßigkeit
 - aa) Präzisierung des Maßstabs
 - bb) Eignung, insb. Kohärenz
 - cc) Erforderlichkeit
 5. Teilergebnis
- C. Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht
- I. Formelle Verfassungsmäßigkeit
 1. Zulässigkeit paralleler Kompetenzausübung
 2. Missbrauch der Kompetenzausübung
 - a) Wettbewerbsrecht und Ordnungsrecht
 - b) Verfassungsrechtlicher Maßstab
 3. Verschleierung der verfolgten Ziele
 - a) Zuständigkeiten der Finanzminister
 - b) Äußerungen in der Genese des Staatsvertrags
 - c) Zwischenergebnis
 4. Missachtung des Abstimmungsgebotes mit dem Bund
 5. Teilergebnis
 - II. Verletzung der Berufsfreiheit
 1. Schutzbereich der Berufsfreiheit
 2. Eingriff
 3. Rechtfertigung

- a) Unbestimmtheit des allgemeinen Erlaubnisvorbehalts
- b) Unverhältnismäßigkeit
 - aa) Ziellegitimität
 - bb) Eignung
 - cc) Erforderlichkeit
 - dd) Angemessenheit

Wesentliche Ergebnisse

Das nachfolgende Gutachten gelangt zu folgenden Ergebnissen:

- I. Der GlüStV n.F. bewirkt dadurch, dass er die gewerbliche Spielvermittlung in jedem einzelnen Bundesland einem eigenständigen Erlaubnisvorbehalt unterstellt, eine Regionalisierung: Der wirtschaftlich wie vor allem faktisch auf das gesamte Bundesgebiet bezogene Markt für die gewerbliche Spielvermittlung wird rechtlich und praktisch auf sechzehn Teilräume, auf die Territorien der einzelnen Länder, beschränkt, ohne dass diese Marktparzellierung z.B. durch eine Anerkennung von Erlaubnissen nach diesem Staatsvertrag der Länder aufgehoben würde.
- II. Diese Regionalisierung verstößt gegen Europarecht.
 1. Die Regionalisierung ist unvereinbar mit europarechtlichem Kartellrecht in seiner Konkretisierung durch die Rechtsprechung des BGH. Sie perpetuiert unter dem Deckmantel des Ordnungsrechts die Gebietsabsprache der staatlichen Lottogesellschaften und beschränkt insofern den Anbieterwettbewerb. Zugleich begrenzt sie den Nachfragerwettbewerb der gewerblichen Spielvermittler, die sich in ihren Verhandlungen jeweils einem Monopolisten gegenübersehen. Den Eingriff in das Wettbewerbsrecht rechtfertigende Gründe sind nicht erkennbar.
 2. An den Maßstäben, die der EuGH in seinen verschiedenen Entscheidungen zum nationalen Glücksspielrecht sowie zum Wett- und Sportwettenrecht herausgearbeitet hat, müssen sich auch die Bestimmungen des GlüStV n.F. messen lassen. Insofern sind insbesondere auch die Aufsichtsbehörden und die sie kontrollierenden Gerichte aufgefordert, bei ihren Entscheidungen die vom EuGH entwickelten Maßstäbe anzuwenden, wo der GlüStV n.F. diesseits seiner eigenen Europarechtswidrigkeit Möglichkeiten zur europarechtskonformen Auslegung belässt.
 3. Die durch den GlüStV n.F. bewirkte Regionalisierung verletzt die Dienstleistungsfreiheit, weil sie gewerbliche Spielvermittler von der Wahrnehmung ihrer Dienstleistungsfreiheit abhalten kann, ohne durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt zu sein. Für eine solche Rechtfertigung fehlt es an der Einbettung in eine kohärente und systematische Ausgestaltung des Glücksspielrechts. Das fiskalpolitische Ziel der

Länder, Einnahmen aus der Veranstaltung von Lotto im jeweiligen Land zu halten, ist ebenso wenig ein legitimes Ziel des öffentlichen Interesses, das Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zu rechtfertigen vermag, wie die Verwendung der Einnahmen zur Finanzierung gemeinnütziger Aufgaben.

4. Die Bestimmungen des GlüStV n.F. sind in mehrfacher Hinsicht inkohärent.
 - a) Sie sind in sich inkohärent, weil sie die Spielvermittlung durch unabhängige Vermittler ohne sachlichen Grund anderen Vorgaben unterwerfen als den Vertrieb derselben Glücksspiele durch die Lotto-Gesellschaften selbst und ihre eigenen Vertriebspartner.
 - b) Sie sind zudem in sich inkohärent, weil sie etwa die Vermittlung von Sport- und Pferdewetten ohne sachlichen Grund anderen Erlaubnisvorschriften unterwerfen als die gewerbliche Spielvermittlung.
 - c) Sie sind schließlich insoweit inkohärent, als sie kein bundesweites Gesamtkonzept im Umgang mit sämtlichen Glückspielarten erkennen lassen und ein solches auch nicht im Vertrags- bzw. Ratifikationsverfahren dargelegt wurde.
5. Die Vorschriften des GlüStV n.F. zur gewerblichen Spielvermittlung verstoßen schließlich insoweit gegen Europarecht, als sie nicht auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen. Sie genügen deshalb nicht den allgemeinen rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanforderungen, die vom EuGH mit Transparenzanforderungen konkretisiert wurden.

Bereits die Ausgestaltung des § 4 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GlüStV n.F. als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt indiziert einen Verstoß gegen dieses europarechtliche Transparenz- wie im Übrigen auch gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot. Denn mangels positiver Voraussetzungen für die Erteilung einer Erlaubnis kann die gerichtliche Kontrolle einer ablehnenden Entscheidung nur anhand der allgemeinen Ermessensfehlerlehre erfolgen, für die es jedoch an ermessensleitenden Vorschriften fehlt. Die Verantwortung hierfür trifft den Gesetzgeber, trifft also die Vertragsparteien des Staatsvertrags.

- III. Die durch den GlüStV n.F. bewirkte Regionalisierung der gewerblichen Spielvermittlung ist darüber hinaus auch in mehrfacher Hinsicht verfassungswidrig.

1. Das durch Staatsverträge geschaffene „Intraföderationsrecht“ unterliegt nicht nur den Prinzipien, die die Gesamtverfassung der Bundesrepublik Deutschland tragen, sondern darf Bundesrecht insgesamt nicht widersprechen.
2. Die durch den GlüStV n.F. bewirkte Regionalisierung verletzt den Grundsatz der Bundestreue. Dieser Grundsatz modifiziert zwar nicht die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung, determiniert aber die Kompetenzausübung.
 - a) Die Instrumentalisierung des Ordnungsrechts zur Beschränkung des bundesweiten Marktes der gewerblichen Spielvermittlung ist eine missbräuchliche Kompetenzausübung der Länder. Sie missbrauchen ihre Doppelstellung als Markteröffner und Marktteilnehmer, wenn sie unter Ausnutzung des grundsätzlichen, strafrechtlich bewehrten Verbots der Durchführung von Glücksspielen mit der ordnungsrechtlich begründeten Ausnahmegesetzgebung den Markt schaffen, auf dem sie sodann als alleinige Anbieter agieren.
 - b) Gegen das Prinzip der Bundestreue verstößt auch, dass die Länder sich hinsichtlich der Regelungen zum Glücksspielrecht nicht mit dem Bund abgestimmt haben, obwohl sie dazu wegen der europarechtlichen Forderung nach einer Gesamtkohärenz des Wett- und Glücksspielrechts verpflichtet sind.
3. Die räumliche Beschränkung der Erlaubnisse für die gewerbliche Spielvermittlung auf das Territorium eines Landes steht nicht nur faktisch im Widerspruch dazu, dass sich der Markt über das gesamte Bundesgebiet erstreckt, sondern rechtlich im Widerspruch zur bundesweiten Legalisierungswirkung einer landesbezogen erteilten Erlaubnis.
4. Die Regionalisierung verletzt das Grundrecht der Berufsfreiheit, auf das sich ungeachtet der Ausgestaltung der Erlaubnisvorschrift als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt sämtliche inländische wie nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union berufen können.
 - a) Staatliche Monopole wirken sich als objektive Berufswahlbeschränkungen aus und können deshalb nur zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeingut gerechtfertigt werden.

tigt werden. Die Ziele müssen zudem mit einem Mindestmaß an Konsistenz verfolgt werden.

- b) Vor diesem Hintergrund scheiden einige Zielsetzungen des GlüStV n.F. zur Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit von vorneherein aus. Die Sicherung einer Monopolstellung ist insofern kein legitimes Ziel, sondern umgekehrt gerade ein rechtfertigungsauslösender Eingriff. Fiskalische Interessen der Länder kommen als legitime Zielsetzungen zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsfreiheit nicht in Betracht.
- c) Hinsichtlich der anderen Zielsetzungen fehlt es schon an einer Eignung. Die vom GlüStV n.F. genannten ordnungsrechtlichen Zielsetzungen werden durch die Regionalisierung der gewerblichen Spielvermittlung nicht gefördert.
- d) Im Übrigen ist die Regionalisierung der gewerblichen Spielvermittlung unter keinen Umständen verhältnismäßig. Unter Berücksichtigung der ausgesprochen niedrigen Suchtgefahr, die von der Veranstaltung von Lotto ausgeht, unter Berücksichtigung vor allem der weiteren Ausdehnung der eigenen Vermittlung durch die Lotto-Gesellschaften steht der rechtliche wie technische Aufwand, den Spielvermittler zur Erlangung einer Erlaubnis nach dem GlüStV n.F. betreiben müssen, außer Verhältnis zu den vom GlüStV n.F. genannten Zielsetzungen.
- e) Schließlich genügen die Bestimmungen des GlüStV n.F. nicht den rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanforderungen und sind schon deshalb nicht geeignet, Eingriffe in die Berufsfreiheit zu rechtfertigen.

A. Gutachtenauftrag und Prüfungsgegenstand

I. Fragestellung

Das Gutachten soll folgende Fragen beantworten:

1. Ist es rechtmäßig, bei Lotto 6 aus 49 und vergleichbaren Lotterien, die bundesweit einheitlich veranstaltet werden, Vermittlungserlaubnisse auf das jeweilige Landesgebiet derart zu beschränken, dass allein die Vermittlung von Spielaufträgen an den einzigen im Land zugelassenen (Mit-)Veranstalter der Lotterie erlaubt wird? Ist dies insbesondere mit Europarecht (Grundfreiheiten, Kartellrecht) und mit Verfassungsrecht vereinbar?
2. Welche Folgen hat ein etwaiger Rechtsverstoß für die Betätigungsmöglichkeiten der privaten Lottovermittler?

Andere Fragen, wie etwa die Frage weiterer Verstöße des GlüStV n.F. oder des Lotteriemonopols gegen Vorgaben des Europarechts, sollen explizit nicht beantwortet werden, mögen sie noch so zahlreich und offen sein.

II. Prüfungsgegenstand

Gegenstand des Gutachtens ist der Glücksspielstaatsvertrag in seiner gegenwärtigen Fassung. Die rechtliche Bewertung dieses Regelwerks kann nicht allein an den geschriebenen Text anknüpfen, sondern muss dessen faktische Wirkungen in die Prüfung einbeziehen.

1. Rechtliche Regelungen

Seit dem 1. Juli 2012 ist die Neufassung des Glücksspielstaatsvertrags in vierzehn Ländern in Kraft (i.F. GlüStV n.F.).¹

Er stellt eine Reaktion der Bundesländer auf die Urteile des EuGH vom 8. September 2010 zum deutschen Glücksspielrecht dar.² Ergänzt

1 Verkündet als Art. 1 Erster Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag – Erster GlüÄndStV), in Bayern verkündet in Bay GVBl I S. 217. Zu einem ersten kritischen Überblick vgl. *Koenig/Bovelet-Schober*, ZfWG 2012, 164; *Mintas*, CaS 2012, 214; *Hecker*, WRP 2012, S. 523 ff.

2 EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-316/07 (Stoß); EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-46/08 (Carmen Media); EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-409/05 (Winner Wetten).

durch zahlreiche und noch nicht in allen Bundesländern verabschiedete Ausführungsgesetze,³ bildet der GlüStV n.F. die maßgebliche Rechtsgrundlage für die Veranstaltung, die Durchführung und die Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen.⁴ Er determiniert damit zugleich maßgeblich die Grenze zur Strafbarkeit, denn auch unter dem GlüStV n.F. bleibt die unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels nach § 284 StGB und insbesondere auch die unerlaubte Veranstaltung einer Lotterie nach § 287 StGB strafbar und kann mit einer Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren geahndet werden.

Als maßgebliche Rechtsgrundlage für das Glücksspielrecht enthält der GlüStV n.F. auch zahlreiche Bestimmungen für die gewerbliche Spielvermittlung. Allerdings sind diese Vorgaben nicht klar und deutlich in einer Norm zusammengefasst, sondern verteilen sich auf verschiedene Paragraphen. Erst in einer Gesamtschau dieser Vorschriften werden die Belastungen deutlich, die gewerblichen Spielvermittlern abverlangt werden.

Erschwert wird die bloße Erfassung der Rechtslage dadurch, dass § 28 GlüStV n.F. die Länder ermächtigt, die zur Ausführung dieses Staatsvertrages notwendigen Bestimmungen zu erlassen. Sie können auch weitergehende Anforderungen insbesondere zu den Voraussetzungen des Veranstaltens und Vermittelns von Glücksspielen festlegen, so dass sich die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Vermittlung von Glücksspiel trotz des GlüStV n.F. von Bundesland zu Bundesland unterscheiden.

a) Repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt

Ausgangspunkt des Regelungsregimes des GlüStV n.F. ist ein grundsätzliches Verbot der Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen, wie § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV n.F. festhält. Ohne eine Erlaubnis der zuständigen Behörde des jeweiligen Landes dürfen gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GlüStV n.F. Glücksspiele nicht vermittelt werden. Diese Erlaubnis sei im Folgenden zur Abgrenzung von anderen Erlaubnissen als Basis-Erlaubnis bezeichnet. Wenngleich die Erlaubnispflicht für die gewerbliche Vermittlung von Glücksspiel bereits unter dem Glücksspielstaatsvertrag 2008 bestand, muss in Erinnerung gerufen werden, dass die Vermittlung in den Jahrzehnten zuvor keinem Erlaubnisvorbehalt und schon gar keinem Befreiungsvorbehalt unterstand.

3 Vgl. die Übersicht der Forschungsstelle Glücksspiel der Universität Hohenheim: <https://gluecksspiel.uni-hohenheim.de/spielhallengesetz>.

4 Vgl. zum Anwendungsbereich § 2 GlüStV n. F.

Dasselbe Grundsatz-Ausnahme-Verhältnis gilt für die Online-Vermittlung. Hier normiert § 4 Abs. 4 GlüStV n.F. ein grundsätzliches Verbot, von dem nach Maßgabe des § 4 Abs. 5 GlüStV n.F. Ausnahmen zugelassen werden können. Die Vorschrift ermächtigt die Länder, die Vermittlung öffentlicher Glücksspiele im Internet zu erlauben, wenn in negativer Hinsicht keine Versagungsgründe nach § 4 Abs. 2 GlüStV n.F. und in positiver Hinsicht die zusätzlichen Voraussetzungen des § 4 Abs. 5 Nr. 1 bis 5 GlüStV n.F. vorliegen.

In all diesen Fällen spricht das Gesetz in euphemistischer Weise von Erlaubnissen, obwohl sämtliche Genehmigungsvorbehalte als repressive Verbote mit Befreiungsvorbehalt ausgestaltet sind. Dies ergibt sich schon aus der Systematik und dem Wortlaut des § 4 Abs. 1 S. 1 und S. 2 sowie aus § 4 Abs. 2 S. 1 GlüStV n.F.⁵ Zusätzlich betont § 4 Abs. 2 S. 3 GlüStV n.F. noch einmal ausdrücklich, dass auf die Erteilung der Basis-Erlaubnis kein Rechtsanspruch besteht. Hinsichtlich der Vermittlung von Glücksspiel im Internet wird der repressive Charakter aus dem Wortlaut sowie aus der systematischen Stellung des § 4 Abs. 4 zu § 4 Abs. 5 GlüStV n.F. deutlich.

b) Räumliche Begrenzung

Diese Erlaubnisse sind in räumlicher Hinsicht beschränkt: Sie werden nach § 9 Abs. 4 S. 1 GlüStV n.F. stets nur für das Gebiet des jeweiligen Landes oder gar nur für einen Teil dieses Gebiets erteilt. Maßgeblich ist insofern gemäß § 3 Abs. 4 GlüStV n.F., wo dem Spieler die Möglichkeit zur Teilnahme eröffnet wird. In der Konsequenz dieser Regionalisierung bedürfen Vermittler, die bundesweit agieren wollen, demnach 16 Erlaubnisse für die Vermittlung von Glücksspiel nach § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV n.F. sowie ggf. 16 separater Erlaubnisse für die Vermittlung von Glücksspiel im Internet. Hinzu kommen die Erlaubnisse für Werbung im Internet sowie für Werbung im Fernsehen nach Maßgabe des § 5 GlüStV n.F., die im Folgenden nicht näher betrachtet werden sollen.

Hervorzuheben ist bereits an dieser Stelle, dass die räumliche Begrenzung der Erlaubnisse nur für die gewerblichen Spielvermittler gilt. Die staatlichen Klassenlotterien dagegen profitieren nach Maßgabe des § 9a Abs. 1 GlüStV n.F. von einem ländereinheitlichen Verfahren, in dem die Erlaubnis für das Gebiet aller Länder erteilt wird.

5 Vgl. zur alten Rechtslage die Charakterisierung von *Postel*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, § 4 GlüStV, Rn. 64.

c) Gebündeltes Verfahren

Für die gewerblichen Spielvermittler ist ein solches ländereinheitliches Verfahren nicht vorgesehen. Sie unterfallen den besonderen Bestimmungen des § 19 GlüStV n.F., der anders als § 4 GlüStV n.F. nur für die gewerbliche Spielvermittlung gilt. Neben verschiedenen zusätzlichen Vorgaben für die Tätigkeit der gewerblichen Spielvermittlung in § 19 Abs. 1 GlüStV n.F. regelt § 19 Abs. 2 GlüStV n.F. das Verfahren der Erlaubniserteilung. Er sieht vor, dass die nach § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV n.F. erforderlichen Erlaubnisse für gewerbliche Spielvermittler, die in allen oder mehreren Ländern tätig werden (wollen), gebündelt von der zuständigen Glücksspielaufsichtsbehörde des Landes Niedersachsen erteilt werden. Im Unterschied zum ländereinheitlichen Verfahren nach § 9a GlüStV n.F. wird die räumliche Beschränkung der Erlaubnis nach Maßgabe des § 9 Abs. 4 S. 1 GlüStV n.F. durch dieses Verfahren aber gerade nicht modifiziert oder gar aufgehoben. Vielmehr entscheidet eine – die niedersächsische – Behörde in rechtlich voneinander verschiedenen Verfahren und unter Beachtung des jeweiligen und also unterschiedlichen Landesrechts über die beantragte Anzahl der landesweit geltenden Erlaubnisse. Bemerkenswert ist insoweit, dass die niedersächsische Behörde trotz der Anwendung unterschiedlichen materiellen Landesrechts befugt ist, ihre Anordnungen nach niedersächsischem Landesrecht zu vollstrecken und Amtshandlungen in anderen Ländern vorzunehmen, wie der Verweis auf § 9a Abs. 3 GlüStV n.F. klarstellt.

Im Ergebnis führt die vorgesehene Bündelung des Verfahrens nur auf Seite der Glücksspielaufsicht, nicht auf Seiten der antragstellenden Glücksspielvermittler zu einer Erleichterung. Die Länder sparen durch die Bündelung der Erlaubniserteilung Verwaltungsaufwand und Kosten. Zugleich und vor allem erleichtert die einheitliche Anlaufstelle es ihnen, die Kontrolle über die bundesweit tätigen gewerblichen Spielvermittler zu behalten. Auch für die gewerblichen Spielvermittler mag es vorteilhaft sein, sich stets nur ein- und derselben Behörde gegenüber zu sehen. Sehr viel schwerer dürften hingegen die Nachteile des gebündelten Verfahrens wiegen. Denn mit der alleinigen Zuständigkeit der niedersächsischen Behörde geht der interföderale und interbehördliche Wettbewerb und mit ihm eine gewisse Beschränkung staatlicher Hoheitsgewalt verloren, ohne dass damit zugleich Rechtssicherheit oder auch nur Rechtseinfachheit gewonnen wird.

d) Befristung, Widerruflichkeit und sonstige Nebenbestimmungen

Neben die räumliche Beschränkung der Erlaubnis tritt eine zeitliche: Gemäß § 9 Abs. 4 S. 2 GlüStV n.F. ist die Erlaubnis zu befristen. Eine Mindestlaufzeit ist staatsvertraglich nicht vorgesehen. Erste auf der Grundlage des GlüStV n.F. erteilte Erlaubnisse wurden auf fünf Jahre begrenzt.⁶ Eine automatische Verlängerung bei Vorliegen bestimmter Bedingungen ist nicht vorgesehen. Vielmehr bedarf es nach Ablauf der Frist einer erneuten Erlaubnis. Ist ein halbes Jahrzehnt für eine betriebswirtschaftliche Kalkulation das absolute Minimum, wird die Tätigkeit als gewerblicher Spielvermittler zusätzlich dadurch erschwert, dass auch innerhalb dieser Bewilligungsfrist kein hinreichender Vertrauensschutz gewährleistet ist: Nach § 9 Abs. 4 S. 2 GlüStV n.F. stehen die Erlaubnisse stets unter einem Widerrufsvorbehalt. Darüber hinaus ermächtigt § 9 Abs. 4 S. 3 GlüStV n.F. die zuständige Behörde, die Erlaubnis – auch nachträglich – mit Nebenbestimmungen zu versehen. Solche Nebenbestimmungen werden insb. dazu genutzt, die räumliche Beschränkung der Erlaubnis in finanzieller Hinsicht dadurch zu flankieren, dass die in den einzelnen Ländern vereinnahmten Spieleinsätze ausschließlich an die in den jeweiligen Ländern erlaubten Veranstalter weiterzuleiten sind.

2. Faktische Wirkungen

In der Zusammenschau sind bereits den normativen Grundlagen weitest gehende Beschränkungen der gewerblichen Spielvermittlung zu entnehmen: Die Vermittlung bedarf einer Erlaubnis, auf die kein Anspruch besteht, die zudem räumlich und zeitlich begrenzt ist, die jederzeit mit Nebenbestimmungen versehen und sogar widerrufen werden kann. Eine Vermittlung ohne Erlaubnis oder unter Verstoß gegen die Nebenbestimmungen hat nicht nur verwaltungsrechtliche Konsequenzen, sondern erfüllt regelmäßig den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit. Ob ein solches Regelungsregime mit der grundgesetzlichen Ordnung und ihrer grundrechtlich verbürgten Freiheitsvermutung vereinbar ist, ob sie darüber hinaus auch den europarechtlich garantierten Grundfreiheiten entspricht, mag schon auf den ersten Blick mit guten Gründen bezweifelt werden, zumal das Regime eben nicht primär die Veranstaltung von Glücksspiel, sondern allein die Vermittlung von staatlich veranstaltetem Glücksspiel betrifft.

6 Dem Verfasser lag eine Erlaubnis zur Lotterievermittlung nach dem neuen GlüStV exemplarisch vor.

Doch die europa- und verfassungsrechtliche Beurteilung dieser Bestimmungen des GlStV n.F. darf an dem Wortlaut und ihren unmittelbar erkennbaren Rechtsfolgen nicht halt machen, sondern muss vor allem die faktischen Wirkungen vor Augen haben, die diese Bestimmungen auslösen. Unerheblich ist insoweit, ob und in welchem Maße diese faktischen Wirkungen von den Vertragsparteien intendiert, akzeptiert, toleriert oder schlicht ignoriert wurden.

a) Bedeutung der Wirkungen für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit

Schon § 44 Abs. 1 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO), der als Ausdruck einer allgemeinen Legistik ohne weiteres auch auf die Gesetzgebung durch Staatsverträge übertragen werden kann, fasst die beabsichtigten Wirkungen und die unbeabsichtigten Nebenwirkungen unter den Oberbegriff der wesentlichen Auswirkungen eines Gesetzes zusammen. Unabhängig von ihrer Intention müssen deshalb die (prognostizierten) faktischen Wirkungen eines Gesetzes in eine antizipierte Gesetzesfolgenabschätzung einbezogen werden.

Welche Anforderungen an eine solche antizipierte Gesetzesfolgenabschätzung zu stellen sind und welche Folgen ihre Missachtung nach sich zieht, muss an dieser Stelle ebenso wenig ausgeführt werden wie die Frage, ob und ggf. mit welchen Modifikationen eine solche Gesetzesfolgenabschätzung von den Parteien eines Staatsvertrages erwartet werden kann. Entscheidend ist allein die Wirkrichtung der Prognose: Sie soll den Gesetzgeber und vor allem die Normunterworfenen vor unverhältnismäßigen und deshalb verfassungswidrigen Regelungen bewahren. Denn das rechtsstaatlich und grundrechtlich begründete Verhältnismäßigkeitsprinzip, das selbstverständlich auch auf staatsvertragliche Regelungen Anwendung findet, setzt nach dem modernen Eingriffsbegriff grundsätzlich nicht nur die rechtlich intendierten, sondern die faktisch bewirkten Folgen einer staatlichen Maßnahme in Relation zu dem angestrebten Zweck. Insofern kommt der Bestimmung beider Komponenten entscheidende Bedeutung zu: Der Bestimmung des Zwecks ebenso wie der Beobachtung bzw. Prognostizierung der Wirkungen.

Angesichts der Erfahrungen mit der gewerblichen Spielvermittlung in Deutschland wie auch in anderen Staaten können die Wirkungen der beschriebenen Erlaubnisvorbehalte wie folgt skizziert werden.

b) Parzellierung des bundesweiten Marktes

Erkennbare Folge der rechtlichen Regelungen über die Vermittlung von Glücksspiel ist, dass der bundesweite Markt für Glücksspiel in sechzehn Teilgebiete parzelliert wird.

Dass es einen bundesweiten Markt für Glücksspiel gibt, wird an den Angeboten der Lotteriegesellschaften der Länder deutlich. Sie haben sich im Blockvertrag zum Deutschen Lotto- und Totoblock zusammengeschlossen. Dieser als Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegründete Block führt intern die wichtigsten Lotterien nach einheitlichen Kriterien, einheitlichen Teilnahmebedingungen und einheitlichen Gewinnmöglichkeiten in allen Ländern – mithin in Deutschland – durch. Nur diese einheitliche Durchführung erlaubt es den Ländern, Höchstgewinne in Aussicht zu stellen, die jede Landesgesellschaft für sich nicht vergeben könnte. Sämtliche Landes-Lotteriegesellschaften sind zudem am „Eurojackpot“ beteiligt, der im Zusammenschluss mit den Lotteriegesellschaften von sieben weiteren Mitgliedstaaten der EU einmal wöchentlich veranstaltet wird. Und schließlich stehen sämtliche Landes-Lotteriegesellschaften hinter dem Internet-Auftritt „www.lotto.de“, ein gemeinsames bundesweites Internetportal, von dem aus Kunden die Online-Abgabe von Lottotipps bei der Lottogesellschaft ihres Bundeslands angeboten wird.⁷ Gerade der Spielscheinerwerb über das Internet zeigt, dass der Markt für die Veranstaltung, erst recht aber der Markt für die Vermittlung von Glücksspiel mindestens bundesweit besteht und erst durch die normativen Wertungen des GlüStV n.F. parzelliert wird, wobei sich diese Parzellierung wegen der determinierenden Ausrichtung an den räumlichen Grenzen der Landes-Lotteriegesellschaften als Regionalisierung darstellt.

c) Verhinderung eines Provisionswettbewerbs

Durch die Regionalisierung des bundesweiten Marktes auf sechzehn Teilmärkte wird ein Provisionswettbewerb mindestens behindert, möglicherweise gar verhindert. Denn jeder Landes-Lottogesellschaft wird eine Monopolstellung eingeräumt, ohne dass diese Monopolisten miteinander in Wettbewerb treten könnten. Die gewerblichen Vermittler sehen sich einem einzigen Vertragspartner gegenüber, was ihre Verhand-

⁷ Dieses Portal wird von der niedersächsischen Lottogesellschaft betrieben und verweist den Spieler aufgrund seiner Angaben zum Wohnort automatisiert auf die Online-Lottoabgabemöglichkeit der Lottogesellschaft am Wohnort des Spielers.

lungsposition erheblich schwächt. Sie können keine Provisionen aus-handeln, weil es eine alternative Lottoscheinabgabe nicht gibt.

d) Technische Anforderungen

In tatsächlicher Hinsicht stellt eine Regionalisierung die Vermittler von Glücksspielen in mehrfacher Hinsicht vor technisch äußerst anspruchsvolle und finanziell ausgesprochen aufwändige Schwierigkeiten.

Die Notwendigkeit, den Ort des Spielers zu bestimmen, um den Spielbeitrag einer bestimmten Landes-Lotteriegesellschaft zuzuordnen und weiterleiten zu können, bereitet keine Probleme bei der Annahme eines Spielscheins in einer örtlichen Annahmestelle, bedarf im Falle der Internet-Vermittlung aber eines technisch komplizierten Geo-Tagging-Verfahrens, das seinerseits verschiedenen rechtlichen Vorgaben genügen muss.

Darüber hinaus setzt die Vermittlung von Glücksspiel eine technische Anbindung an den Lotterie-Veranstalter voraus. Ohne eine solche Schnittstelle kann rein tatsächlich keine Vermittlung von Glücksspiel stattfinden. Eine einzige solche Schnittstelle zu programmieren und zu betreiben, ist für sich genommen schon ein hoher Aufwand und mit immensen Investitionskosten verbunden. Doch besonders kostenintensiv ist es, wenn die einzelnen Landes-Lotteriegesellschaften unterschiedliche technische Vorgaben an diese Anbindungen stellen, wie es derzeit zu beobachten ist.

e) Verfahrensrechtliche Konsequenzen

Schließlich sei eine verfahrensrechtliche Konsequenz der Regionalisierung des Glücksspielrechts betont: Die nur formelle Bündelung der Erlaubnisverfahren bei gleichzeitiger Anwendbarkeit unterschiedlichen Landesrechts bewirkt, dass Rechtsschutz gegen die Versagung einer Erlaubnis oder gegen einzelne Nebenbestimmungen vor den Verwaltungsgerichten der einzelnen Länder erstrebt werden muss. Dies entspricht zwar dem Regelfall bei dem Vollzug von Landesrecht, steht aber im Widerspruch zu dem Anspruch des GlüStV n.F., für das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland die Veranstaltung, die Durchführung und die Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen vereinheitlichend zu regeln.

f) Fehlender Anreiz zum Freiheitsgebrauch

Insgesamt erscheinen die rechtlichen Regelungen mit ihren praktischen Konsequenzen wenig geeignet, um Unternehmen zur Tätigkeit

der gewerblichen Spielvermittlung zu motivieren. Sie erscheinen vielmehr als so streng, dass man fast schon von einem prohibitiven Charakter der rechtlichen Rahmenregelungen sprechen kann. Dies mag bei politischer Betrachtung ihrer Ausgestaltung als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt entsprechen, stößt sich aber in rechtlicher Hinsicht an dem Schutz der Freiheits- und Wettbewerbsordnung als solcher sowie an den individualschützenden Grundfreiheiten und Grundrechten: Die Freiheitsordnung ist durch die Vermutung gekennzeichnet, dass der Gebrauch der Freiheit grundsätzlich zulässig ist. Entscheidend ist insofern die Verteilung der Darlegungslast: Nicht der Gebrauch der Freiheit, sondern ihre Beschränkung muss gerechtfertigt werden. Die Wettbewerbsordnung ist durch die Schaffung und Erhaltung eines Wettbewerbs gekennzeichnet. Ihre Grundausrichtung steht somit rechtlichen, technischen und finanziellen Anforderungen entgegen, die die Zahl potentieller Wettbewerber von vorneherein klein halten. Und hinsichtlich der individualschützenden Funktion der Grundfreiheiten und Grundrechte sei bereits an dieser Stelle hervorgehoben, dass namentlich die Dienstleistungsfreiheit nationalen Vorschriften grundsätzlich entgegensteht, die „die Ausübung der Freiheit unterbinden, verhindern oder weniger attraktiv machen.“⁸

B. Vereinbarkeit mit Europarecht

Die durch den GlüStV n.F. festgeschriebene Regionalisierung muss mit sämtlichem höherrangigen Recht im Einklang stehen. Wegen seines Anwendungsvorrangs gegenüber nationalem Recht wird deshalb im Folgenden zunächst die Vereinbarkeit mit Europarecht geprüft. Nach einer kurzen Vorbemerkung (I.) sind hier im Wesentlichen zwei Maßstäbe zu konkretisieren: das Wettbewerbsrecht (II.) sowie die Grundfreiheiten, namentlich die Dienstleistungsfreiheit (III.).

I. Vorbemerkungen

Drei Vorbemerkungen seien der eigentlichen Prüfung vorangestellt.

Erstens sei hervorgehoben, dass das Europarecht der nationalen Rechtsordnung namentlich mit den Grundfreiheiten sowie den Wettbe-

⁸ Siehe bspw. EuGH, Urt. v. 19.2.2006, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Rn. 30; Urt. v. 21.10.2004, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxembourg), Rn. 20; Urt. v. 12.10.2004, Rs. C-60/03 (Wolff & Müller GmbH & Co KG/José Filipe Pereira Félix), Rn. 31; Urt. v. 24.1.2002, Rs. C-164/99 (Portugaia Construcções Ld), Rn. 16.

werbsvorschriften auch dort Grenzen setzt, wo der Europäischen Union keine eigenen Gesetzgebungskompetenzen zustehen. Der allgemeinen Ausrichtung auf die Errichtung eines Binnenmarktes nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV, der nach Art. 26 Abs. 2 AEUV einen Raum ohne Binnengrenzen umfasst, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen des Vertrages gewährleistet ist, wird insofern schon ganz maßgeblich durch eine entsprechende Beschränkung der nationalen Rechtsordnungen bewirkt, ohne dass es in jedem Einzelfall einer aktiven Rechtsetzung seitens der Europäischen Union bedarf.

Zweitens sei daran erinnert, dass in der kasuistisch geprägten Rechtsordnung der Europäischen Union die Judikatur des EuGH von besonderer Bedeutung für die Frage ist, ob die Vorschriften des GlüStV n.F. mit Europarecht vereinbar sind. Der EuGH hat in einer Vielzahl von Entscheidungen zu den Fragen Stellung genommen, ob und unter welchen Voraussetzungen das nationale Glücksspielrecht und das nationale Wett- und Sportwettenrecht mit Europarecht im Einklang stehen. Diese Rechtsprechung, die in der Literatur umfassend aufbereitet worden ist,⁹ findet auch auf den novellierten Glücksspielstaatsvertrag Anwendung. So zutreffend es ist, insbesondere solchen EuGH-Entscheidungen, die auf Vorlagefragen Antworten geben, eine letztverbindliche Regelung für andere konkrete Einzelfälle abzusprechen, so sehr muss doch betont werden, dass von besonderer Bedeutung gerade die Maßstäbe sind, die der EuGH in solchen Entscheidungen für alle, insbesondere eben auch für zukünftige Maßnahmen herausarbeitet. Insofern kommt den EuGH-Entscheidungen im Ergebnis eine erga-omnes-Wirkung zu. Bezogen auf das Glücksspielrecht sind nicht nur die Gesetzgeber in Bund und Ländern angesprochen, sondern sind insbesondere auch die Aufsichtsbehörden und die sie kontrollierenden Gerichte aufgefordert, bei ihren Entscheidungen die Maßstäbe und Verfahren anzuwenden, die der EuGH herausgearbeitet hat,¹⁰ und das nationale Recht gegebenenfalls europarechtskonform auszulegen.

Drittens schließlich sei klargestellt, dass die Stellungnahmen der Kommission, die sie im Zuge des Notifizierungsverfahrens nach Maßgabe

⁹ Vgl. statt vieler bspw. *Hermes*, Die Beschränkungen für die Vermittlung öffentlicher Glücksspiele im Entwurf eines Staatsvertrags zum Glücksspielwesen, in: ders./Horn/Pieroth, Der Glücksspielstaatsvertrag, 2007, S. 39 ff.; *Haltern*, Gemeinschaftsrechtliche Aspekte des Glücksspiels, 2007.

¹⁰ Deutlich insoweit *Klöck/Klein*, NVwZ 2011, S. 22, 23.

der Richtlinie 98/34/EG abgegeben hat,¹¹ unabhängig von der Frage, wie man diese Stellungnahmen inhaltlich interpretiert,¹² keine verbindliche Feststellung über die Vereinbarkeit des GlüStV n.F. mit dem Europarecht enthalten. Die Kommission selbst hat in ihrer letzten Stellungnahme hervorgehoben, dass die Beendigung des Notifizierungsverfahrens nach Maßgabe der Richtlinie 98/34/EG keine verbindliche Feststellung über die Vereinbarkeit des notifizierten Regelwerkes mit EU-Recht impliziert, sondern dass es umgekehrt der Kommission zu jedem (auch späteren) Zeitpunkt freisteht, ein Vertragsverletzungsverfahren in Bezug auf bestimmte notifizierte oder abgeänderte Bestimmungen einzuleiten.¹³

II. Vereinbarkeit mit Wettbewerbsrecht

Auch unter dem Vertrag von Lissabon sind die Wettbewerbsregeln strikt auf die Realisierung und das Funktionieren des Binnenmarktes ausgerichtet. Die Errichtung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs ist das Leitziel der Wettbewerbsregeln und damit zugleich deren Auslegungsmaxime.¹⁴ Der Wettbewerb soll aber nicht nur gegen Beeinträchtigungen durch Private, sondern auch gegen Beeinträchtigungen durch den Staat geschützt werden, wie Art. 106 AEUV zu erkennen gibt. Agiert der Staat als Marktteilnehmer oder sucht er Wettbewerbsverhältnisse durch hoheitliche Regeln zu gestalten, ist er hierbei nicht frei. Vielmehr unterliegt er den Vorgaben der Art. 101 ff. AEUV.

1. Festgestellte Wettbewerbsverstöße

Das Bundeskartellamt hat in der jüngeren Vergangenheit zahlreiche Wettbewerbsverstöße im Bereich des Glücksspielwesens festgestellt,¹⁵

11 Stellungnahme vom 18. Juli 2011 sowie Mitteilung 792 der Kommission – SG(2012) D/50777 vom 20.03.2012.

12 Es nimmt wenig Wunder, dass sich die Länder durch die Stellungnahmen der Kommission in ihren Regelungen bestätigt sahen, während außenstehende Beobachter mindestens noch Erläuterungs-, eher noch Änderungsbedarf erkennen. Vgl. bspw. *Koenig/Bovelet-Schober*, ZfWG 2012, S. 164 ff.; *Hecker*, ZfWG 2012, S. 167 ff.

13 Vgl. Mitteilung 792 der Kommission – SG(2012) D/50777 v. 20.03.2012, letzter Absatz.

14 Vgl. statt vieler *Hoffmann*, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, EL 28 Juni 2011, Anm. H. I. § 1 Rn. 5 m.w.N.

15 BKartA, Beschluss vom 23.08.2006-B 10-92713-Kc-148/05, WuW/E DE-V 1251.

die sowohl durch das OLG Düsseldorf¹⁶ als auch durch den BGH¹⁷ bestätigt wurden. Gegenstand dieser Entscheidungen waren Maßnahmen, die zu einer Gebietsabsprache und -aufteilung unter den Landes-Lottogesellschaften führten, im Ergebnis also herbeiführten, was nun durch die räumliche Beschränkung der Erlaubnisse nach § 9 Abs. 4 S. 1 GlüStV n.F. und die hierauf bezogene Praxis bewirkt wird, nur die Vermittlung an die eigene Lottogesellschaft des Landes zu erlauben. Wegen dieser gleichen Wirkung der hier als Regionalisierung bezeichneten Regelung indizieren die genannten Beschlüsse des Bundeskartellamts wie auch des OLG Düsseldorf und des BGH einen Verstoß des § 9 Abs. 4 S. 1 GlüStV n.F. gegen die Vorschriften des europäischen Kartellrechts, namentlich gegen Art. 101 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV.

Denn die zwei maßgeblichen Gründe für die Entscheidung des Bundeskartellamts treffen auch auf die gegenwärtige Rechtslage zu: Erstens beschränkt die Gebietsabsprache den Anbieterwettbewerb der Lottogesellschaften auf dem Markt für Lotterien, und zweitens wird der Nachfragerwettbewerb der Lottogesellschaften um die gewerbliche Spielvermittlung begrenzt. Weil damals der Regionalisierungsstaatsvertrag eine nachträgliche Rückverteilung der Erlöse aus der gewerblichen Spielvermittlung auf die Herkunftsländer der Spieler vorsah, gab es für die Lottogesellschaften keinen Anreiz, einzelne Spielvermittler mit höheren Provisionen an sich zu binden. In der Folge wurden sowohl die Vereinbarung über die regionale Aufteilung des bundesweiten Lotteriemarktes sowie die Anwendung des Regionalisierungsstaatsvertrages untersagt.

Vor diesem Hintergrund ist es ein nicht schwer zu durchschauender Versuch der Länder, die regionale Aufteilung des bundesweiten Lotteriemarktes nun unter dem Mantel der Gesetzgebungskompetenz für das Ordnungsrecht zu bewirken. Doch der sachliche Grund oder die föderale Kompetenzverteilung befreit die Mitgliedstaaten der EU und ihre Untergliederungen nicht vom Maßstab des Wettbewerbsrechts. Der Hinweis auf die vermeintlich ordnungsrechtliche Zielsetzung ist insoweit schon von vorneherein irrelevant. Entsprechend dem bereits skizzierten Ziel, ein System unverfälschten Wettbewerbs unionsweit zu realisieren, kennt das Wettbewerbsrecht keine allgemeine *ordre-public*-Klausel, die erstens bei primär an Unternehmen adressierten Verpflichtungen der Art. 101, 102 AEUV keinen Sinn ergäbe und zweitens das anvisierte Ziel des unverfälschten Wettbewerbs ja auch von vornherein zum Schei-

16 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.06.2007, VI-K Art 15/06V, WuW/E DE-R 2003.

17 BGH, Beschluss vom 14.08.2008, KVR 54/07, WuW/E DE-R 2408.

tern verurteilte. Vielmehr sind Ausnahmen bzw. Modifikationen vom Maßstab des Wettbewerbsrechts nur nach Maßgabe des Art. 106 Abs. 2 AEUV möglich, der im Glücksspielrecht aber nach den verbindlichen Beschlüssen des Bundesgerichtshofs keine Anwendung findet. Im Übrigen aber statuiert Art. 106 Abs. 1 AEUV gerade ein Umgehungsverbot. Insofern spricht nichts dafür, dass das Bundeskartellamt oder die Gerichte bis hin zum Bundesgerichtshof die Klausel in § 9 Abs. 4 S. 1 GlüStV n.F. bzw. die hierauf gestützte Praxis, mittelbar den Wettbewerb zu unterbinden, als kartellrechtskonform ansehen könnten. Diese Kartellrechtswidrigkeit sei im Folgenden mittels einer kurzen Subsumtion der neuen Regelungen unter den Maßstab des europäischen Wettbewerbsrechts belegt.

2. Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV

Die Wettbewerbsregeln der Art. 101 AEUV sind in erster Linie an die Wirtschaftsakteure adressiert, an Unternehmen (a). Erfasst werden nach Maßgabe des Art. 106 AEUV auch öffentliche Unternehmen (b). Insofern sind auch die Mitgliedstaaten an die Wettbewerbsregeln gebunden (c), sofern nicht Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse oder Finanzmonopole betroffen sind (d).

a) Unternehmensadressierte Verbote

Nach Art. 101 AEUV sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken.

Als Unternehmen ist im Lichte des wettbewerbschützenden Zwecks der Norm entsprechend dem funktionalen Unternehmensbegriff¹⁸ grundsätzlich jeder rechtlich selbständige aktuelle oder potentielle Marktakteur mit wirtschaftlicher Zweckverfolgung anzusehen.¹⁹ Darunter fallen auch die Landes-Lottogesellschaften, wie der BGH im ge-

18 *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker/Emmerich (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2007, Art. 81 Abs. 1, Rn. 12.

19 *Müller-Graff*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Art. 101 Rn. 6, unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 23.04.1991, Rs. C-41/90 (Höfner u. Elser/Macroton), Rn. 21: „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und ihrer Finanzierung“.

nannten Beschluss unter Verweis auf frühere Rechtsprechung²⁰ festgestellt hat.²¹

Die Verbote des Art. 101 richten sich aber auch an Unternehmensvereinigungen. Eine Unternehmensvereinigung ist jede verbandsartige Organisation von Unternehmen,²² mithin auch der Deutsche Lotto- und Totoblock.²³

Sowohl den Landes-Lottogesellschaften als auch dem Deutschen Lotto- und Totoblock sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen somit verboten. So sie gleichwohl vorgenommen werden, sind sie unabhängig davon, ob sie mit nationalem Glücksspiel- und sonstigem Recht im Einklang stehen, unanwendbar, wie der BGH mehrfach judiziert hat.

b) Vorgaben für die Mitgliedstaaten

Gegenstand dieser Untersuchung sind aber keine Absprachen oder Verhaltensweisen der Landes-Lottogesellschaften oder des Deutschen Lotto- und Totoblocks, sondern Normen im Glücksspieländerungsstaatsvertrag. Allerdings leitet der EuGH aus dem allgemeinen, in Art. 4 Abs. 3 EUV normierten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit die Pflicht der Mitgliedstaaten ab, keine hoheitlichen Maßnahmen, insb. auch keine legislativen Akte, zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit des Kartellrechts aufheben.²⁴ Sind die Mitgliedstaaten somit mittelbar an Art. 101 AEUV gebunden, liegt es mit Blick auf die tatsächlichen Gegebenheiten nahe, die staatsvertraglich und durch den Blockvertrag festgeschriebenen Vorgaben als besondere, ja als besonders offene Form der Absprachen zu begreifen, die nach Art. 101 Abs. 2 AEUV nichtig sind.

Zusätzlich sind die Mitgliedstaaten den Vorgaben des Art. 101 AEUV nach Maßgabe des Art. 106 AEUV unterworfen. Art. 106 AEUV ermöglicht es, die wettbewerbswidrige Verhaltensweise dem Mitgliedstaat selbst als Vertragsverstoß zuzurechnen, also nicht nur unternehmeri-

20 Deutlich BGH, Beschluss v. 09.03.1999, KVR 20/97, NJW-RR 1999, S. 1266, 1267.

21 BGH, Beschluss v. 14.08.2008, KVR 54/07, WuW/E DE-R 2408.

22 Müller-Graff, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Art. 101 Rn. 7.

23 BGH, Beschluss v. 14.08.2008, KVR 54/07, WuW/E DE-R 2408.

24 EuGH, Urt. v. 29.01.1985, Rs. 231/83, (Cullet/Lecler), Rn. 16.

sches, sondern in beschränktem Umfang auch hoheitliches Handeln an den Wettbewerbsregeln zu messen.²⁵

Dabei ist es für die Anwendbarkeit und Bindungswirkung des Art. 106 AEUV unerheblich, dass in diesem Fall nach Maßgabe der innerdeutschen Kompetenzverteilung die Länder tätig geworden sind. Denn die nationale Kompetenzverteilung vermag die europarechtlichen Vorgaben nicht zu modifizieren oder gar außer Kraft zu setzen.²⁶ Die Bindung des Art. 106 AEUV erfasst deshalb „jede Ausdrucksform der mitgliedstaatlichen öffentlichen Hand“ ungeachtet einer territorialen, funktionalen oder organisatorischen Differenzierung.²⁷ Insofern unterfallen auch die Bundesländer der grundsätzliche Bindung an Art. 106 AEUV.

Sachlich knüpft die Bindung an öffentliche Unternehmen an. Ein öffentliches Unternehmen ist ein solches, welches dem bestimmenden Einfluss der Hoheitsträger unterliegt.²⁸ Ungeachtet ihrer konkreten Rechtsform – die meisten Landes-Lottogesellschaften sind als GmbH tätig – haben die Länder stets nicht nur den bestimmenden, sondern den alleinigen Einfluss auf die Landes-Lottogesellschaften, so dass diese öffentliche Unternehmen i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AEUV sind.

Die Länder sind deshalb verpflichtet, keine den Verträgen und insb. den Art. 18, 101 bis 109 AEUV widersprechende Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten. Der Begriff der Maßnahmen ist angesichts der Funktion des Umgehungsverbots weit zu verstehen und umfasst mit Blick auf die Adressaten auch und vor allem gesetzliche Vorschriften.

Die Ausnahmevorschrift des Art. 106 Abs. 2 AEUV, nach der Unternehmen, die mit Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, erfasst die Landes-Lottogesellschaften nicht. Dies hat der BGH in dem bereits mehrfach zitierten Beschluss ohne Einschränkungen festgestellt.²⁹ Da sich zwischenzeitlich weder die Rechtslage noch die Recht-

25 Hoffmann, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, EL 28. Juni 2011, Anm. H. I. § 1 Rn. 5.

26 EuGH, Urt. v. 17.12.1970, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Rn. 3.

27 Müller-Graff, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Art. 106 Rn. 6.

28 Ständige Rechtsprechung und herrschende Meinung, vgl. statt vieler Emmerich, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, EL 20, Art. 86 EGV, Rn. 86 m.w.N.

29 BGH, Beschluss vom 14.08.2008, KVR54/07, WuW/E DE-R 2408.

sprechung des EuGH zu Art. 106 Abs. 2 AEUV geändert hat, kann an dieser Stelle auf eine weitere Prüfung verzichtet werden.

Ist der Glücksspieländerungsstaatsvertrag somit an Art. 101 AEUV zu messen, ist diese Norm zugleich auch verletzt. Denn die räumliche Beschränkung der Erlaubnis ist geeignet, den Binnenmarkt in Bezug auf die Dienstleistungstätigkeit der Vermittlung von Glücksspielen zu beeinträchtigen und bewirkt jedenfalls eine Verfälschung, mindestens aber eine Einschränkung oder gar eine Verhinderung des Wettbewerbs. Für potentielle Vermittler, die ihren Sitz in anderen Mitgliedstaaten der Union haben, wird der Markt „Deutschland“ dadurch unattraktiv, dass dieser Markt entweder normativ und d.h. aus wirtschaftlicher Perspektive künstlich in sechzehn Märkte parzelliert wird oder insgesamt nur mit ausgesprochen hohem bürokratischen Aufwand und ohne einen gesicherten Bestandsschutz zu erobern ist. Die Beschränkung der unabhängigen Spielvermittlung auf die jeweilige Lottogesellschaft des Landes verhindert den Wettbewerb der Lotteriegesellschaften um Dienstleistungen unabhängiger Spielvermittler. Denn die Lottogesellschaften bilden in ihrem jeweiligen Land ein Monopol, sind somit nicht dem Wettbewerb unterworfen und können deshalb den Spielvermittlern die Provisionshöhe diktieren. Ein Wettbewerb findet nicht statt, kann nicht stattfinden und soll eben auch nicht stattfinden.

3. Teilergebnis

§ 9 Abs. 4 S. 1 und § 19 Abs. 2 GlüStV n.F. verstoßen insoweit gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV, als sie in der Verwaltungspraxis der Länder durch eine räumliche Begrenzung der Erlaubnis für eine gewerbliche Vermittlung von Glücksspiel den bundesweiten Markt normativ parzellieren und einen Provisionswettbewerb zudem dadurch verhindern, dass trotz der erforderlichen Vielzahl von Erlaubnissen für eine länderübergreifende oder gar bundesweite Vermittlung nur eine Behörde für die Erteilung dieser Erlaubnisse zuständig ist, die insoweit eine monopolartige Verhandlungsposition gewinnt. Dass eine solche Wirkung abgeschwächt werden könnte, wenn die Zulassung von Lotterieveranstaltungen nach dem GlüStV in den Ländern wechselseitig anerkannt würde und wenn mit der Erlaubnis der Vermittlung in einem Land folgerichtig auch dort die Vermittlung aller derartig anzuerkennenden Lotterien zugelassen würde, liegt auf der Hand. Eine solche Praxis wird nicht durch den Glücksspielstaatsvertrag verboten. Sie ist indes weder durch eine staatsvertragliche Vorschrift abgesichert noch entspricht sie der Praxis der Länder. Im Gegenteil ist dies bloße Theorie

ohne Realisierungschance. Rechtsansprüche auf Erlaubnisse sind sogar ausdrücklich ausgeschlossen (§ 4 Abs. 2 S. 3 GlüStV n.F.), so dass aus der Perspektive des Wettbewerbs und der privaten Marktteilnehmer nicht damit gerechnet werden kann, dass der Rechtsverstoß auf dieser Seite verringert wird.

III. Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten

Der Glücksspieländerungsstaatsvertrag ist neben dem europäischen Wettbewerbsrecht auch an den Grundfreiheiten zu messen. Dabei kommen als Maßstab nur die primärrechtlich normierten Grundfreiheiten selbst, nicht hingegen ihre sekundärrechtlichen Ausgestaltungen in Betracht, da weder die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG³⁰ noch die e-Commerce-Richtlinie 2003/31/EG³¹ auf das Glücksspielrecht Anwendung finden.

1. Schutzbereich

Zu bestimmen ist zunächst, ob die im GlüStV n.F. verankerte Regionalisierung am Maßstab der Niederlassungs- oder am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit zu messen ist. Hinreichend geklärt ist seit der Entscheidung in der Rechtssache *Schindler* insofern nur, dass Glücksspiele überhaupt in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen.³² Hinsichtlich der maßgeblichen Grundfreiheit hat der EuGH in der Entscheidung zur Rechtssache *Winner-Wetten* dagegen herausgestellt, dass die Vermittlung von Glücksspielen eine wirtschaftliche Tätigkeit ist, die je nach konkreter Ausgestaltung entweder die Dienstleistungs- oder die Niederlassungsfreiheit betrifft.³³ Insofern ist deutlich, dass – je nach konkretem Sachverhalt – entweder die Niederlassungsfreiheit oder die Dienstleistungsfreiheit als Maßstab für nationale Bestimmungen des Glücksspielrechts in Betracht kommen.

30 Art. 2 Abs. 2 lit. h DLRL nimmt die Glücksspiele von ihrem Anwendungsbereich aus.

31 Art. 1 Abs. 5 lit. d e-commerce-RL nimmt Gewinnspiele mit einem einen Geldwert darstellenden Einsatz bei Glücksspielen, einschließlich Lotterien und Wetten, von ihrem Anwendungsbereich aus.

32 EuGH, Urt. v. 24.03.1994, Rs. C-275/92 (*Schindler*).

33 EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-409/06 (*Winner-Wetten*), zu weiteren Urteilen vgl. die Auflistung bei *Streinz/Kruis*, NJW 2010, S. 3745, Fn. 6.

a) Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit

Im konkreten Einzelfall wird eine präzise Bestimmung der maßgeblichen Grundfreiheit somit unerlässlich sein. Wegen der in Art. 57 Abs. 1 S. 1 AEUV ausdrücklich normierten Subsidiarität der Dienstleistungsfreiheit gegenüber den anderen Grundfreiheiten muss insbesondere geprüft werden, ob sich die nationalrechtlichen Bestimmungen des Glücksspielrechts ebenso wie im Übrigen ihre Anwendung an der Niederlassungsfreiheit messen lassen müssen, bevor auf den Maßstab der Dienstleistungsfreiheit zurückgegriffen wird.

Hervorzuheben ist insofern, dass der EuGH den Begriff der Niederlassung in der Vergangenheit weit ausgelegt hat. Generell impliziere der Begriff die Möglichkeit für einen Unionsangehörigen, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats als seines Herkunftsstaats teilzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen, wodurch die wirtschaftliche und soziale Verflechtung innerhalb der Europäischen Gemeinschaft im Bereich der selbständigen Tätigkeiten gefördert werde.³⁴

Speziell für den Bereich der Spiele und Wetten hat der Gerichtshof entschieden, dass die Niederlassungsfreiheit in einer Situation Anwendung findet, in der ein in einem Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat über eine Präsenz verfügt, die ihren konkreten Niederschlag im Abschluss von Geschäftsverträgen mit Wirtschaftsteilnehmern oder Vermittlern über die Errichtung von Datenübertragungszentren findet, die den Benutzern elektronische Mittel zur Verfügung stellen, die Wettabsichten sammeln und registrieren und sie in diesem Unternehmen übermitteln.³⁵

Nur wenn die weit verstandene Niederlassungsfreiheit nicht einschlägig sein sollte, aktualisiert sich die Bedeutung der Dienstleistungsfreiheit als maßgebliche Grundfreiheit, die nationalrechtliche Bestimmungen gegebenenfalls unter einen Rechtfertigungsvorbehalt stellt. So hat der EuGH denn auch in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass die Vermittlung von Geldspielen eine Dienstleistung im Sinne des Art. 56 AEUV darstellt.³⁶

34 Vgl. EuGH, Urt. v. 30.11.1995, Rs C-55/94 (Gebhard), Rn. 25; jüngst aufgreifend, EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-409/06 (Winner-Wetten), Rn. 46.

35 EuGH, Urt. v. 06.11.2003, Rs. C-243/01 (Gambelli), Rn. 14 und 46; sowie EuGH, Urt. v. 06.03.2007, Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, (Placanica), Rn. 43.

36 Vgl. EuGH, Urt. v. 24.03.1994, Rs. C-275/92 (Schindler), Rn. 25; EuGH, Urt. v. 21.10.1999, Rs. C-67/98 (Zenatti), Rn. 24; EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-409/06 (Winner-Wetten), Rn. 43.

Vor diesem Hintergrund wird im Rahmen dieser fallunabhängigen abstrakten Betrachtung der genannten Bestimmungen des GlüStV n.F. als Maßstab innerhalb der Grundfreiheiten ausschließlich die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV herangezogen.

Der Vorrang der anderen Grundfreiheiten, der Vorrang insbesondere der Niederlassungsfreiheit soll dabei nicht ignoriert werden. Doch erstens hängt der konkrete Maßstab von der jeweiligen Konstellation im einzelnen Fall ab, zweitens hat auch der EuGH mehrfach betont, dass es jedenfalls in Bezug auf Vorabentscheidungsverfahren Sache des vorlegenden Gerichts ist, im Hinblick auf die Besonderheiten des Einzelfalls zu bestimmen, ob die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Situation der Niederlassungs- oder der Dienstleistungsfreiheit unterfällt,³⁷ und drittens und vor allen Dingen beurteilt sich die Vereinbarkeit mit Europarecht weniger nach dem eröffneten Schutzbereich der einen oder anderen Grundfreiheit, sondern vielmehr nach der Verhältnismäßigkeit der in sie eingreifenden nationalen Maßnahmen. Für diese Beurteilung der Verhältnismäßigkeit aber hat der EuGH Maßstäbe statuiert, die sowohl für die Niederlassungs- wie auch für die Dienstleistungsfreiheit gelten.³⁸ Ungeachtet der nach wie vor zu beobachtenden Unterschiede zwischen der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit, ungeachtet insbesondere ihrer unterschiedlichen sekundärrechtlichen Ausgestaltungen, kann für die europarechtliche Beurteilung des GlüStV n.F. deshalb eine zusammenfassende Betrachtung gewählt werden, die sich primär an der Dienstleistungsfreiheit orientiert.

b) Vermittlung von Glücksspielen als Dienstleistung

Nach Art. 56 Abs. 1 AEUV sind Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, nach Maßgabe dieses Vertrages verboten.

Als Dienstleistung im Sinne dieser Bestimmung gelten gemäß Art. 57 S. 1 AEUV Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Person unterliegen. Dies gilt gemäß Art. 57 S. 2 AEUV für gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten – also gerade auch für die gewerbliche

³⁷ Jüngst EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-409/06 (Winner-Wetten), Rn. 51.

³⁸ Siehe unten S. 31.

Vermittlung von Glücksspielen, wie der EuGH seit der Rechtssache *Schindler* in ständiger Rechtsprechung festgestellt hat.³⁹

Für den grenzüberschreitenden Sachverhalt, der konstitutiv für die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit ist, ist es nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ausreichend, wenn die Dienstleistung selbst grenzüberschreitend erbracht wird. Nicht notwendig ist es für diese sog. passive Dienstleistung hingegen, dass Dienstleistungserbringer oder Dienstleistungsempfänger die Grenze überschreiten. Diese gefestigte Rechtsprechung sei an dieser Stelle deshalb hervorgehoben, weil sie jüngst von Generalanwalt *Yves Bot* in Zweifel gezogen wurde. Er hielt die Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit unter den Umständen für unzulässig, dass „eine Berufung auf Art. 49 EG nicht möglich wäre, wenn sich zeigen sollte, dass unter den Umständen des vorliegenden Falls die maltesischen Tochtergesellschaften rein künstliche Gestaltungen sind, die es ihrer österreichischen Muttergesellschaft ermöglichen sollen, das Verbot des Betriebs von Online-Glücksspiel in Österreich zu umgehen“.⁴⁰ Der EuGH hielt im zwischenzeitlich ergangenen Urteil gleichwohl an der zur Niederlassungsfreiheit ergangenen *Centros*-Rechtsprechung⁴¹ fest und bejahte die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit.⁴²

Insofern ist festzuhalten, dass die Bestimmungen über die gewerbliche Spielvermittlung und namentlich auch die räumliche Beschränkung der Erlaubniserteilung nach § 9 Abs. 4 S. 1 GlüStV n.F. jedenfalls dann am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit zu messen sind, wenn ein Unternehmen mit Sitz außerhalb der Bundesrepublik Deutschland im Bundesgebiet die Teilnahme an Glücksspielen gewerblich vermitteln will.

Soweit es um Internetdienstleistungen geht, genügt bereits der grenzüberschreitende Bezug dieses Kommunikationsmediums zur Annahme eines grenzüberschreitenden Sachverhalts,⁴³ der ohnehin bereits bei einem potentiellen grenzüberschreitenden Sachverhalt eröffnet ist. In der Rechtsprechung des EuGH ist anerkannt, dass es für den grenzüberschreitenden Bezug und die Anwendung der Dienstleistungsfreiheit nicht darauf ankommt, dass der Dienstleister oder seine Dienstleistung sich im Ausland befinden, sondern Dienstleistungen erfasst, die ein Leis-

39 EuGH, Urt. v. 24.03.1994, Rs. C-275/92 (*Schindler*), Rn. 25.

40 Schlussantrag vom 31.03.2011 in der Rs. C-347/09 (*Dickinger/Ömer*), Rn. 67; zustimmend *Reich*, EuZW 2011, S. 454, 455.

41 EuGH, Urt. v. 09.03.1999, C-212/97 (*Centros*), Rn. 27.

42 EuGH, Urt. v. 15.09.2011, Rs. C-347/09 (*Dickinger/Ömer*).

43 Vgl. *Pielow*, in: BeckOK GewO, Edition 20, Stand 01.10.2012, § 1 Rn. 38.

tungserbringer potentiellen Leistungsempfängern, die in anderen Mitgliedstaaten ansässig sind, telefonisch anbietet und die er ohne Ortswechsel von dem Mitgliedstaat aus erbringt, in dem er ansässig ist.⁴⁴ Auch Verbote, die von dem Mitgliedstaat, in dem der Dienstleistungserbringer ansässig ist, diskriminierungsfrei ausgesprochen werden und sich nur an im Land ansässige Dienstleistungserbringer richten, fallen unter den Anwendungsbereich des Europarechts, wenn es sich um potentiell grenzüberschreitende Kommunikationsdienstleistungen wie Internetdienstleistungen handelt.⁴⁵ Potentiell grenzüberschreitende Vermittlungsformen wie das Internet oder der postalische Vertrieb sind daher per se am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit zu messen. Für einen rein lokalen Vertrieb durch Ladenlokale kann dies im Einzelfall anders sein.

c) Keine Bereichsausnahme

Die in Art. 51 Abs. 1 AEUV normierten Bereichsausnahmen von der Niederlassungsfreiheit bzw. – vermittelt über Art. 62 AEUV – von der Dienstleistungsfreiheit erfassen das Glücksspielrecht nicht. Der EuGH interpretiert „Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind“, sehr eng und beschränkt sie auf streng hoheitliche Tätigkeiten.⁴⁶ Die monopolisierte staatliche Veranstaltung von Glücksspielen und ihre Flankierung durch repressive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt ist indes keine hoheitliche Aufgabe.⁴⁷

2. Beeinträchtigung

Die Dienstleistungsfreiheit wird durch das Regelungsregime des GlStV n.F. im Allgemeinen und durch die räumliche Begrenzung der Erlaubnis für eine gewerbliche Spielvermittlung im Besonderen beeinträchtigt.

Eine Beeinträchtigung liegt schon im grundsätzlichen Verbot der Vermittlung von Glücksspiel, wie der EuGH mehrfach festgestellt hat.⁴⁸

44 EuGH, Urt. v. 10.05.1995, Rs. C-384/93 (Alpine Investments) Rn. 22.

45 EuGH (Fn. 44), Rn. 26ff, 39 für Telefondienstleistungen (Verbot des 'cold calling').

46 Vgl. statt vieler Bröhmer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2012, Art. 51 Rn. 3 ff.

47 Sura, Die grenzüberschreitende Veranstaltung von Glücksspielen im europäischen Binnenmarkt, 1995, S. 122; ihm folgend Krieger, JZ 2005, S. 1021, 1024.

48 Vgl. für die Niederlassungsfreiheit, EuGH, Urt. v. 06.11.2003, Rs. C-243/01 (Gambelli), Rn. 44; sowie für die Dienstleistungsfreiheit EuGH, Urt. v. 21.09.1999, Rs. C-124/97 (Läära), Rn. 27; EuGH, Urt. v. 21.10.1999, Rs. C-67/98 (Zenatti), Rn. 27.

Dies gilt umso mehr, als das Verbot der unerlaubten Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen und der unerlaubten Veranstaltung und Vermittlung von Lotterien teils strafrechtlich und teils ordnungswidrigkeitenrechtlich bewehrt sind.⁴⁹

Doch nicht nur im grundsätzlichen Verbot, auch in der gesetzlichen Ausgestaltung der Erlaubnis mit ihrer zeitlichen Befristung und ihrer Widerruflichkeit ist ebenso wie in Nebenbestimmungen zu einer konkreten Erlaubnis eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit zu sehen. Denn nach einer gebräuchlichen Formel des EuGH liegt ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit schon dann vor, wenn die Beschränkung geeignet ist, die Ausübung dieser Freiheit „zu unterbinden, zu verhindern oder weniger attraktiv zu machen.“⁵⁰

Vor dem Hintergrund dieses weiten Maßstabs ist schließlich auch die räumliche Beschränkung der Erlaubnis nach § 9 Abs. 4 S. 1 GlüStV n.F. als Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit zu qualifizieren. Denn das Regelungsregime des GlüStV n.F. kann nicht nur, aber gerade gewerbliche Spielvermittler von außerhalb Deutschlands davon abhalten, von ihrer Dienstleistungsfreiheit Gebrauch zu machen. Sie sehen sich den Alternativen gegenüber, entweder die Erlaubnis nur für ein Land zu beantragen, was sich angesichts des relativ kleinen Marktes auf der einen Seite und des hohen technischen und finanziellen Aufwands auf der anderen Seite kaum lohnen wird, oder aber ein aufwändiges und ungewisses Genehmigungsverfahren für mehrere oder alle Bundesländer zu betreiben bzw. kostenintensiv für sich betreiben zu lassen, ohne im Gegenzug zu dem Bürokratieaufwand eine verlässliche Rechtsgrundlage für die mittelfristige Kalkulation zu erhalten. Dass die Vorschrift insofern jedenfalls „geeignet“ ist, die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit „weniger attraktiv zu machen“, kann nicht bestritten werden.

Der Sinn der nach Bundesländern getrennten Erlaubnisse hat sich der Europäischen Kommission nicht erschlossen. In ihrer im Verfahren nach der Richtlinie 98/34 /EG ergangenen Stellungnahme an die Bundesregierung vom 18. Juli 2011 formuliert sie:

„Zwar respektiert die Kommission in vollem Umfang die innerstaatliche Rechtsordnung Deutschlands, sie fordert die deutsche Regierung jedoch

49 Deutlich Krieger, JZ 2005, S. 1021, 1023.

50 Siehe bspw. EuGH, Urt. v. 19.02.2006, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Rn. 30; Urt. v. 21.10.2004, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxembourg), Rn. 20; Urt. v. 12.10.2004, Rs. C-60/03 (Wolff&Müller GmbH & Co. KG/José Filipe Pereira Félix), Rn. 31; Urt. v. 24.01.2002, Rs. C-164/99 (Portugaia Construcões Ld), Rn. 16.

auf zu erklären, warum im Entwurf kein ländereinheitliches Verfahren für die Genehmigung von Vermittlungsdiensten im Bereich des Onlineglücksspiels festgelegt ist, auch im Hinblick auf die Tatsache, dass der Entwurf ein solches Verfahren für die Zulassung von Lottereeinnehmern (§ 9a Abs. 1) und für die Konzessionserteilung im Hinblick auf Sportwetten über das Internet (§ 9a Abs. 2 Unterabs. 3) enthält.“⁵¹

Die Bündelung der Erteilung der landesrechtlichen Genehmigung nach § 19 Abs. 2 GlüStV n.F. ändert am Eingriffscharakter der räumlichen Beschränkung der Erlaubnis nichts. Denn diese Bündelung ist nur formaler Natur, nicht hingegen materieller. Die Genehmigungen selbst werden nach Maßgabe der Ausführungsgesetze der einzelnen Länder erteilt. Entgegen der Erklärung der Bundesregierung gegenüber der Europäischen Kommission im Notifizierungsverfahren ist es nicht zu einer harmonisierten Ausführungsgesetzgebung durch die Länder gekommen. Vielmehr unterscheiden sich die Ausführungsgesetze der Länder zum Teil erheblich. Zusätzlich eröffnet die staatsvertraglich vorgesehene Möglichkeit, die Erlaubnisse unter Nebenbestimmungen zu erteilen, der Exekutive einen Gestaltungsspielraum, dessen Wahrnehmung nicht prognostizierbar ist.

So heißt es denn auch in der nachfolgenden Stellungnahme der Kommission vom 20. März 2012 unter Punkt 2.4. „Genehmigung von Glücksspiel-Vermittlungsdiensten“:

„Die Dienststellen der Kommission begrüßen die von den deutschen Behörden zur Verfügung gestellten Erläuterungen und die angekündigten Änderungen in Bezug auf die Genehmigung von Glücksspiel-Vermittlungsdiensten. In § 19 Absatz 2 ist nunmehr ein gebündeltes Verfahren vorgesehen, durch das eine einzige Behörde alle allgemeinen Genehmigungen für das Angebot von Glücksspieldiensten erteilt (Genehmigung nach § 4 Absatz 1). Die Dienststellen der Kommission sind jedoch zu dem Verständnis gelangt, dass dies nicht bedeutet, dass die zuständige Behörde eine einzige Genehmigung, die das gesamte Hoheitsgebiet Deutschlands abdeckt, erteilt, sondern vielmehr bis zu 16 Einzelgenehmigungen für die jeweils betroffenen Bundesländer erteilen wird, wahrscheinlich auf der Grundlage unterschiedlicher Konzessionsanforderungen der einzelnen Bundesländer, so dass im Endeffekt für jedes Bundesland immer noch einzelne Anträge notwendig sind.

Darüber hinaus scheint das gebündelte Verfahren nicht auf § 4 Absatz 5 anwendbar zu sein, in dem die Verpflichtung zum Erhalt einer

⁵¹ Kommission, Schreiben vom 18.07.2011, C (2011) 5319, ausführliche Stellungnahme zum GlüStV n.F.

Erlaubnis für die Bereitstellung von Glücksspiel-Vermittlungsdiensten im Internet festgelegt ist. Da eine Erlaubnis für jedes einzelne deutsche Bundesland erforderlich ist (§ 9 Absatz 4), scheint ein gewerblicher Online-Vermittler neben dem gebündelten Verfahren zur Erteilung der allgemeinen Glücksspielgenehmigung immer noch in jedem einzelnen Bundesland eine Genehmigung für das Angebot von Online-Glücksspieldiensten beantragen zu müssen (Genehmigung gemäß § 4 Absatz 5), um dazu befähigt zu sein, seine Dienste im gesamten deutschen Hoheitsgebiet anzubieten.

Die Dienststellen der Kommission möchten die deutsche Regierung dazu auffordern zu erläutern, warum in dem Überarbeiteten Vertrag lediglich ein gebündeltes Verfahren für die Genehmigung von Glücksspiel-Vermittlungsdiensten über das Internet aufgenommen wurde, jedoch kein einheitliches Verfahren festgelegt wird, und dies auch angesichts der Tatsache, dass in dem notifizierten Entwurf bereits ein derartiges Verfahren für die Genehmigung von Lotterie-Einnehmern (§ 9a Absatz 1) und von Online-Sportwetten (§ 9a Absatz 2 Unterabsatz 3) eingerichtet wurde.“⁵²

Dem Erläuterungsbedarf der Kommission wurde soweit ersichtlich nicht entsprochen, vor allem aber wurden die Bestimmungen des § 9 Abs. 4 S. 1 und § 19 Abs. 2 GlüStV n.F. nicht verändert. Insofern ist die Beschränkung der Erlaubnis auf das jeweilige Land nach wie vor als Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit zu qualifizieren.

3. Rechtfertigung

Die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit begründet noch keinen Verstoß gegen das Unionsrecht, sondern löst nur eine Rechtfertigungslast der Mitgliedstaaten aus. Bezogen auf das Glücksspielrecht betont der EuGH insofern in ständiger Rechtsprechung, dass selbst staatliche Monopole nicht per se unzulässig sind, sondern ein geeignetes Mittel sein können, die Spiellust in kontrollierte Bahnen zu lenken. Die mit ihnen verbundenen Eingriffe in die Grundfreiheiten könnten deshalb zur Verwirklichung der im Allgemeininteresse liegenden Ziele des Verbraucherschutzes und des Schutzes der Sozialordnung gerechtfertigt sein. Ob die Mitgliedstaaten zur Erreichung dieser Ziele ein Monopol der öffentlichen Hand oder ein strenges Konzessionssystem für private

52 Mitteilung 792 der EU-Kommission vom 20.03.2012 – SG (2012) D/50777 – hinsichtlich der Notifizierung Nr. 2011/188/D des ersten Staatsvertrages zur Änderung des Staatsvertrages über Glücksspiele in Deutschland, ZfWG 2012, 172 f.

Glücksspielanbieter für besser geeignet erachten, falle grundsätzlich in ihr Ermessen.⁵³

Zugleich hat der EuGH aber auch mehrfach betont, dass staatliche Monopole wegen ihres Eingriffs in die Grundfreiheiten einer Rechtfertigung bedürfen. Dies gilt auch für die räumliche Beschränkung der Erlaubnisse auf das Gebiet des jeweiligen Landes. Neben den Rechtfertigungsgründen des Art. 52 AEUV (a) kommen insofern auch zwingende Gründe des Allgemeininteresses (b) in Betracht.

a) Rechtfertigungsgründe des Art. 52 AEUV

Obwohl die Regelung des Glücksspieländerungsstaatsvertrags unterschiedslos für Deutsche und Staatsangehörige aus anderen Mitgliedstaaten bzw. auf Unternehmen mit Sitz in Deutschland und Sitz in anderen Mitgliedstaaten gilt und damit auch die weiteren, ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe anwendbar sind, seien die Rechtfertigungsgründe des Art. 52 Abs. 1 AEUV kurz angesprochen, die in Verbindung mit Art. 62 AEUV auch für Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit gelten. Auch der EuGH hat sie in seiner Entscheidung *Liga Portuguesa* berücksichtigt.⁵⁴ Es sind dies die Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit. Als Ausnahmen von der Grundfreiheit sind diese Begriffe eng auszulegen. Zudem sind sie vollständig am Maßstab des Europarechts überprüfbar⁵⁵ und der Mitgliedstaat trägt eine substantielle Darlegungslast, wenn er sich hierauf beruft.

Die in Art. 1 des Glücksspieländerungsstaatsvertrags genannten Zielsetzungen lassen sich nicht unter diese Begriffe subsumieren.

Entschieden ist jedenfalls, dass etwa die Bekämpfung der Glücksspielsucht nur dann als Maßnahme zum Schutz der öffentlichen Gesundheit begriffen werden kann, wenn diese Krankheit soweit in einem Mitgliedsstaat verbreitet ist, dass sie tatsächlich als Gefahr für die öffentliche Gesundheit angesehen werden kann.⁵⁶ Dies ist für die Teilnahme am öffentlichen Glücksspiel auszuschließen.

Nicht entschieden ist bislang, ob die Betrugsbekämpfung bzw. die Verhütung von Begleitstraftaten unter den Begriff der öffentlichen Ordnung

⁵³ EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-316/07 (Stoß), Rn. 79.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 08.09.2009, Rs. C-42/07 (*Liga Portuguesa*), Rn. 56; deutlich insofern *Ohler*, EUR 2010, S. 253, 256.

⁵⁵ EuGH, Rs. C-36/02 (*Omega*), Rn. 37.

⁵⁶ Offen lassend EuGH, Urt. v. 06.10.2009, Rs. C-153/08 (*Kommission/Spanien*), Rn. 40; kritisch dazu *Dörr*, DVBl. 2010, S. 69, 72.

subsumiert werden kann.⁵⁷ Doch soll und muss eine Entscheidung des EuGH an dieser Stelle auch nicht prognostiziert werden, weil in jedem Fall zwingende Gründe des Allgemeinwohls zur Rechtfertigung der Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit in Betracht kommen.

b) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses

Solche zwingende Gründe des Allgemeininteresses im Sinne der *Cassis*-Rechtsprechung sind bei einer etwaigen Rechtfertigung der Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit durch den GlüStV n.F. zu berücksichtigen, da es sich beim Erlaubnisvorbehalt nach § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV n.F. ebenso wie bei den Voraussetzungen der Erlaubniserteilung und den Beschränkungen der Erlaubnis um unterschiedslos anwendbare Beschränkungen handelt.

Als zwingende Interessen hat der EuGH in seiner bisherigen Judikatur den Verbraucherschutz, den Schutz der Sozialordnung,⁵⁸ die Beschränkung der Spieltätigkeit zur Vermeidung von Anreizen für Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen,⁵⁹ die Eindämmung bzw. Bekämpfung der Spielsucht⁶⁰ sowie die Betrugsbekämpfung anerkannt.⁶¹

Solche Zielsetzungen verfolgt ausweislich seines § 1 auch der GlüStV n.F. Insofern liegt es nahe, dass die Vorschriften über die Erlaubnis der gewerblichen Spielvermittlung vorbehaltlich der weiteren Prüfung jedenfalls gerechtfertigt sein können. Doch zwei Aspekte sind bereits an dieser Stelle hervorzuheben:

Zunächst sei betont, dass fiskalische Zwecke nach der Rechtsprechung des EuGH Beschränkungen der Grundfreiheiten von vorneherein nicht zu rechtfertigen vermögen.⁶² Auch die Verwendung der aus einer Be-

57 EuGH, Urt. v. 06.10.2009, Rs. C-153/08 (Kommission/Spanien), Rn. 39.

58 EuGH, Urt. v. 24.03.1994, Rs. C-275/92 (Schindler), Rn. 58; EuGH, Urt. v. 06.11.2003, Rs. C-243/01 (Gambelli), Rn. 63.

59 EuGH, Urt. v. 06.03.2007, Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04 (Placanica), Rn. 46; EuGH, Urt. v. 06.10.2009, Rs. C-153/08 (Kommission/Spanien), Rn. 36; EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-46/08 (Carmen Media), Rn. 55.

60 EuGH, Urt. v. 03.06.2010, C-258/08 (Ladbrokes), Rn. 26; EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-316/07 (Stoß), Rn. 102.

61 EuGH, Urt. v. 06.03.2007, Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, (Placanica), Rn. 52; EuGH, Urt. v. 08.09.2009, Rs. C-42/07 (Liga Portuguesa), Rn. 63; vgl. dazu auch *Noll-Ehlers*, EuZW 2008, S. 522.

62 EuGH, Urt. vom 06.06.2000, Rs. C-35/98 (Verkooijen) Rn. 48; EuGH, Urt. v. 06.10.2009, Rs. C-153/08 (Kommission/Spanien), Rn. 43; EuGH, Urt. v. 16.01.2003, Rs. C-388/01 (Kommission Italien), Rn. 22; EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-316/07 (Stoß), Rn. 105.

schränkung erzielten Abgaben und Erträge zur Finanzierung gemeinnütziger Interessen rechtfertigt Beschränkungen nicht, sondern kann allenfalls nützliche Nebenfolge sein.⁶³ Und schließlich können auch Aspekte der Verwaltungsvereinfachung, können auch „rein administrative Erwägungen“ Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nicht rechtfertigen.⁶⁴ Sofern diese im GlüStV n.F. nicht genannten Zielsetzungen die treibenden Motive hinter der Ausgestaltung des Erlaubnisregimes des GlüStV n.F. sein sollten, könnten sie die Beeinträchtigungen der Dienstleistungsfreiheit von vorneherein nicht rechtfertigen.

Sodann sei klargestellt, dass die allgemeinen Zielsetzungen des § 1 GlüStV n.F. nicht pauschal sämtliche Beeinträchtigungen der Dienstleistungsfreiheit, die durch die Regelungen des GlüStV n.F. bewirkt werden, zu rechtfertigen vermögen. Vielmehr ist in Bezug auf jede einzelne Beeinträchtigung zu prüfen, inwieweit sie tatsächlich den genannten Zielsetzungen dient. Insofern ist jedenfalls auf den ersten Blick nicht erkennbar, in welchem Zusammenhang die räumliche Begrenzung der Erlaubnis auf das Gebiet des jeweiligen Landes zu den Zielsetzungen der Suchtbekämpfung, der Vorbeugung von Glücksspielen in Schwarzmärkten, dem Jugend- und Spielerschutz oder der Betrugsbekämpfung steht. Dies wird bei der Eignung der Beeinträchtigung zu thematisieren sein.

4. Grenzen der Rechtfertigungsmöglichkeit

Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit werden noch nicht dadurch gerechtfertigt, dass die Mitgliedstaaten sich auf die Rechtfertigungsgründe des Art. 52 AEUV oder auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses berufen. Vielmehr sind der Rechtfertigungsmöglichkeit Grenzen gezogen, die sich vor allem aus der gebotenen Verhältnismä-

⁶³ EuGH, Urt. v. 24.03.1994, Rs. C-275/92 (Schindler), Rn. 60; EuGH, Urt. v. 03.06.2010, C-258/08 (Ladbroses), Rn. 28.

⁶⁴ EuGH, Rs. C-205/84 (Kommission/Deutschland), Rn. 54; EuGH, Urt. v. 03.10.2000, Rs. C-58/98 (Corsten), Rn. 42; EuGH, Urt. v. 23.11.1999, verb. Rs. C-369/96 und C-376/96 (Arblade und Leloup), Rn. 37; EuGH, Urt. v. 04.12.1986, Rs. 205/84 (Kommission/Deutschland), Rn. 54; EuGH, Urt. v. 21.01.2010, Rs. C-546/07 (Kommission/Deutschland), 439, Rn. 51. Vgl. aus der Literatur *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 48. EL 2012, Art. 45 AEUV Rn. 386; *Frenz*, Handbuch Europarecht Bd. 1, 2004, Rn. 1701; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 48. EL 2012, Art. 56/57 AEUV Rn. 173; *Müller-Graff*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 56 AEUV Rn. 108.

Bigkeit der Maßnahme ergeben. In Bezug auf das Glücksspielrecht hat der EuGH diesbezüglich Maßstäbe herausgearbeitet, die über die „klassische“ Verhältnismäßigkeitsprüfung hinausgehen. Er hebt regelmäßig den Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung des Glücksspielrechts hervor (a.), stellt aber besondere Anforderungen an die Bestimmtheit der Bestimmungen (b.) und reichert das Verhältnismäßigkeitsprinzip durch Anforderungen an eine kohärente und systematische Ausgestaltung des Glücksspielrechts an (c.).

a) Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten

Der EuGH räumt den Mitgliedstaaten prinzipiell einen weiten Ermessensspielraum hinsichtlich der Regelung bzw. Regulierung des Glücksspielangebots ein. Dieses weite Ermessen begründet der EuGH in ständiger Rechtsprechung mit den Besonderheiten des Glücksspiels einerseits sowie mit den erheblichen kulturellen, sittlichen und religiösen Unterschieden zwischen den Mitgliedstaaten in Bezug auf die Regelung dieses Bereiches andererseits.⁶⁵ So liege ein Konzessionssystem, wie es auch der GlüStV n.F. bereithält, grundsätzlich innerhalb des europarechtlich zulässigen Gestaltungsspielraums und verstoße noch nicht per se gegen die Grundfreiheiten.

b) Bestimmtheit

Allerdings sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH besondere materielle und prozedurale Anforderungen an Konzessions- bzw. Erlaubnissysteme zu stellen. Ein System der vorherigen behördlichen Genehmigung muss danach

„auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen muss, die der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen setzen, so dass diese nicht willkürlich erfolgen kann.“⁶⁶

Die weiteren Voraussetzungen an ein Konzessionssystem sollen hier nicht thematisiert werden.⁶⁷

⁶⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 24.03.1994, Rs. C-275/92 (Schindler), Rn. 59 f.; EuGH, Urt. v. 08.09.2009, Rs. C-42/07 (Liga Portuguesa), Rn. 57; EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-316/07 (Stoß), Rn. 76.

⁶⁶ EuGH, Urt. v. 03.06.2010, Rs. C-203/08 (Sporting Exchange Ltd.), Rn. 50; EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C- 46/08 (Carmen Media), Rn. 87.

⁶⁷ Vgl. dazu knapp Steinz/Kruis, NJW 2010, S. 3745, 3748.

Der EuGH thematisiert diese – im Übrigen auf die deutsche Rechtsordnung bezogenen⁶⁸ – Anforderungen unter dem Grundsatz des Transparenzgebots und stellt damit zwei Aspekte in den Vordergrund: den europaweiten Markt einerseits und eine mögliche Kontrolle der Konzessionsvergabe andererseits. Besonders deutlich wird dies in der Entscheidung *Costa und Cifone* vom 16. Februar 2012. Hier führt der EuGH zum Verfahren der Vergabe von Konzessionen aus:

(54) *In diesem Kontext ist daran zu erinnern, dass die öffentlichen Stellen, die Konzessionen auf dem Gebiet der Glücksspiele vergeben, die Grundregeln der Verträge, insbesondere die Art. 43 EG und 49 EG, sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das daraus folgende Transparenzgebot zu beachten haben (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 3. Juni 2010, *Sporting Exchange*, C 203/08, Slg. 2010, I 4695, Randnr. 39, sowie vom 9. September 2010, *Engelmann*, C 64/08, Slg. 2010, I 0000, Randnr. 49 und die dort angeführte Rechtsprechung).*

(55) *Auch wenn das Transparenzgebot, das gilt, wenn die betreffende Konzession für ein Unternehmen von Interesse sein kann, das in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem diese Konzession erteilt wird, ansässig ist, nicht unbedingt eine Ausschreibung vorschreibt, verpflichtet es doch die konzessionserteilende Stelle, zugunsten der potenziellen Bewerber einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen, der eine Öffnung der Konzessionen für den Wettbewerb und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind (Urteile *Kommission/Italien*, Randnr. 24 und die dort angeführte Rechtsprechung, *Sporting Exchange*, Randnrn. 40 und 41, sowie *Engelmann*, Randnr. 50).*

(56) *Die Vergabe solcher Konzessionen muss daher auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen, damit der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen gesetzt werden (vgl. in diesem Sinne Urteil *Engelmann*, Randnr. 55 und die dort angeführte Rechtsprechung).*

(57) *Der Grundsatz der Gleichbehandlung verlangt im Übrigen, dass alle potenziellen Bieter die gleichen Chancen haben, und impliziert somit, dass sie denselben Bedingungen unterliegen. Dies gilt umso mehr in einer Situation wie der in den Ausgangsverfahren gegebenen, in der eine Verletzung des Unionsrechts durch den betreffenden öffentlichen Auftraggeber für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer bereits eine Ungleichbehandlung zur Folge hatte.⁶⁹*

68 EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-46/08 (*Carmen Media*), Rn. 87.

69 EuGH, Urt. v. 16.02.2012, Rs. C-72/10 (*Costa und Cifone*), Rn. 54 ff.

Diese Anforderungen sind nicht nur vom EuGH verbindlich festgelegt, sondern entsprechen auch allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen. Hinter ihnen verbergen sich das Bestimmtheitsgebot, der Gesetzesvorbehalt sowie das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz – rechtsstaatliche Grundsätze mithin, die sowohl das Europarecht wie auch das Verfassungsrecht prägen. Bereits das Bestimmtheitsgebot, das selbstverständlich auch in Bereichen gilt, die der Gesetzgeber einem repressiven Verbot mit Befreiungsvorbehalt unterwirft, verlangt ganz allgemein, dass der Bürger seine Rechte und Pflichten erkennen können muss. Im Bereich des Wirtschaftslebens wie in allen anderen Bereichen auch kommt ihm insoweit auch eine Bedeutung zu, als es die gleichmäßige Anwendung des Gesetzes ebenso ermöglichen wie sicherstellen soll. Je unbestimmter eine Regel ist, desto weniger ist eine gleichmäßige Ermessensausübung gewährleistet, desto höher ist also die Gefahr der Beeinträchtigung mindestens von Gleichheitsrechten, unter Umständen auch von Freiheitsrechten.

Damit ist der Gesetzesvorbehalt ins Spiel gebracht, der dem Gesetzgeber auferlegt, entsprechend seiner unmittelbaren demokratischen Legitimation wesentliche Dinge selbst zu regeln und sie nicht in die Entscheidung der Verwaltung zu legen. Die Steuerungsdichte der gesetzlichen Regelungen muss dabei umso größer sein, je höher das Risiko ist, dass Rechtsverletzungen auftreten.

Diesen Anforderungen – seien sie europarechtlich, seien sie verfassungsrechtlich begründet – genügt nur die räumliche Beschränkung der Erlaubnis auf ein Land nach Maßgabe des § 9 Abs. 4 S. 1 GlüStV n.F. Die Norm ist für sich genommen so bestimmt, dass eine willkürliche Entscheidung der zuständigen Behörde insoweit ausgeschlossen werden kann.

Indes hängt der räumliche Anwendungsbereich der Erlaubnis davon ab, dass überhaupt eine Erlaubnis erteilt wird. Diesbezüglich genügt § 4 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GlüStV n.F. den skizzierten rechtsstaatlichen Anforderungen nicht. Schon die Ausgestaltung als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt führt dazu, dass keine positiven Voraussetzungen genannt werden, bei deren Vorliegen eine Erlaubnis zu erteilen wäre. Vielmehr definiert § 4 Abs. 3 GlüStV n.F. nur negative Bestimmungen, die nicht vorliegen dürfen. Da ein Rechtsanspruch auf die Erteilung der erforderlichen Genehmigung gerade nicht bestehen soll, kann eine gerichtliche Kontrolle einer ablehnenden Entscheidung nur anhand der allgemeinen Ermessensfehlerlehre erfolgen. Doch mangels ermessensleitender gesetzlicher Vorschriften wird es den Gerichten kaum möglich

sein, ablehnende Entscheidungen auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen. Die Kriterien, anhand derer über die Beantragung einer Erlaubnis zur gewerblichen Spielvermittlung entschieden wird, sind weder *ex ante* für die potentiellen Antragsteller noch *ex post* für kontrollierende Gerichte erkennbar. Daran ändern die in den Ausführungsgesetzen verschiedentlich enthaltenen Voraussetzungen nichts substantiell. Das Regelungssystem schließt willkürliche Entscheidungen bei der Ermessensausübung gerade nicht aus, sondern ermöglicht sie vielmehr. Es ist somit mehr als deutlich, dass die Ausgestaltung des repressiven Verbots mit Befreiungsvorbehalt die exklusive Aufgabenzuweisung an staatlich beherrschte Gesellschaften akzessorisch absichern soll.⁷⁰ Noch deutlicher werden diese Unbestimmtheit und die aus ihr folgende Unberechenbarkeit, wenn man die Möglichkeit der Anordnung von Nebenbestimmungen in die Prüfung einbezieht. Den vom EuGH mehrfach präzisierten Anforderungen an die zulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit genügt das Regelungsregime des GlüStV n.F. in Bezug auf die gewerbliche Spielvermittlung deshalb schon in der Gesamtkonzeption nicht. Die politische Verantwortung für diese Situation trägt der Gesetzgeber, sie trifft somit die Vertragsparteien des Staatsvertrages.⁷¹

c) Verhältnismäßigkeit

Ungeachtet ihrer Unbestimmtheit sollen die maßgeblichen Bestimmungen des GlüStV n.F. für die gewerbliche Vermittlung von Glücksspiel auch auf ihre Verhältnismäßigkeit hin untersucht werden. Denn stets ist für jede respektive Maßnahme gesondert zu prüfen, ob sie geeignet ist, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziel zu gewährleisten und ob sie nicht über das hinausgeht, was für die Erreichung des Ziels erforderlich ist. Außerdem muss sie in nichtdiskriminierender Weise angewendet werden.⁷²

aa) Präzisierung des Maßstabs

Dieser Maßstab der Verhältnismäßigkeitsprüfung bedarf allerdings in zweierlei Hinsicht der Präzisierung.

Zum einen ist hervorzuheben, dass sich die dargelegte Anerkennung eines Gestaltungsspielraums der Mitgliedstaaten durch den EuGH auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung auswirkt. Bereits strukturell ist inso-

⁷⁰ So Koenig/Bache, ZfWG 2011, S. 7, 8.

⁷¹ Vgl. so zur alten Rechtslage bereits Koenig/Bache, ZfWG 2011, S. 7, 8.

⁷² EuGH, Urt. v. 06.03.2007, Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04 (Placanica), Rn. 49; EuGH, Urt. v. 08.07.2010, Rs. C-447/08 (Sjöberg), Rn. 50.

weit eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne, im Sinne einer Zweck-Mittel-Relation, ausgeschlossen, weshalb sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Rechtsprechung des EuGH erkennbar auf die Stufen der Geeignetheit und Erforderlichkeit verlagert und diese Aspekte enger verstanden werden als etwa nach dem deutschen Verständnis.⁷³ Letztlich ist das Verhältnis zwischen einer strengen Geeignetheits- und Erforderlichkeitsprüfung auf der einen Seite und einem weiten Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten aber noch nicht abschließend geklärt.

Zum anderen hat der EuGH den Maßstab der Verhältnismäßigkeit, insbesondere den Maßstab der Eignung, in solchen Fällen, in denen er den Mitgliedstaaten weitreichende nationale Gestaltungsbefugnisse zuerkennt,⁷⁴ durch Anforderung an eine „kohärente und systematische“ Ausgestaltung der nationalen Rechtsordnung konkretisiert. Dem weiten Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten kontrastiert der Anspruch an eine Folgerichtigkeit der gesetzlichen Regelungen in Bezug auf die von ihnen verfolgten Ziele.⁷⁵ Terminologisch spricht der EuGH insoweit allerdings nicht von einer Folgerichtigkeit, die in dieser Form eher aus dem nationalen Steuerrecht, mittlerweile freilich auch aus dem allgemeinen Verfassungsrecht bekannt ist, sondern spricht von dem Erfordernis nach kohärenten Regelungen. Das Gesetz – und mehr noch: das gesamte Regelungssystem – wird dadurch zum Maßstab seiner selbst.⁷⁶ Eine solche Selbstbindung mag sich (im nationalen Recht) gewichtigen Einwänden gegenüber sehen,⁷⁷ ist im Unionsrecht aber funktional für den EuGH und letztlich auch für die Mitgliedstaaten darauf ausgerichtet, protektionistische Maßnahmen der Mitgliedstaaten identifizieren und für unionsrechtswidrig erklären zu können, ohne die mitgliedstaatlichen Ziele einer inhaltlichen Kontrolle zu unterwerfen. Dieser Maßstab hat sich deshalb gerade im Bereich des Glücksspiel- und Wettrechts durchgesetzt. Hier gibt es die Möglichkeit, Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls zu rechtfertigen, nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH nur insoweit,

„als die Beschränkung, die auf solche Gründe, sowie auf die Notwendigkeit gestützt sind, Störungen der Sozialordnung vorzubeugen, ge-

73 Deutlich Ohler, EuR 2010, S. 253, 257.

74 So der Eindruck von Frenz, EuR 2012, S. 344, 347.

75 Schorkopf, DÖV 2011, S. 260, 264, spricht von einer „zielbezogenen Kohärenz“.

76 Näher Schorkopf, DÖV 2011, S. 260, 261 f.

77 Vgl. abw. Meinung Masing, BVerfGE 121, 317, 381 f. Rossi, Inkonsequente Gesetzgebung, in: Koch/ders. (Hrsg.), Kodifikation in Europa, 2012, S. 149, 160 ff.

*eignet sind, die Verwirklichung der genannten Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass die dazu beitragen müssen, die Wetttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.*⁷⁸

Die Forderung nach einer „kohärenten und systematischen“ Ausgestaltung des Glücksspiel- bzw. Wettrechts ist damit zur maßgeblichen Formel geworden, die der EuGH in ständiger Rechtsprechung anwendet und die daher für die mitgliedstaatlichen Gerichte und Behörden verbindlich ist.⁷⁹ Dabei hat der EuGH aber insbesondere in den Entscheidungen zu den Rechtssachen *Markus Stoß*⁸⁰ und *Carmen Media Group*⁸¹ hervorgehoben, dass es letztlich in die Aufgabe der nationalen Gerichte falle, darüber zu befinden, ob die konkreten Regelungen des Glücksspielstaatsvertrages mit den europarechtlichen Vorgaben in Einklang stünden oder nicht. Er hat deshalb, wie es für Vorabentscheidungsverfahren charakteristisch ist, nur allgemeingültige Maßstäbe festgelegt, die von den nationalen Gerichten beachtet werden müssen.⁸²

Um den nationalen Gerichten – wie nicht zuletzt auch sich selbst – die schwierige Aufgabe zu erleichtern, die Gesamtkohärenz eines Regelungsgebietes erkennen und bewerten zu können, hat der EuGH die Forderung nach einer materiellen Kohärenz jüngst durch eine Verschärfung der formellen Darlegungslasten ergänzt.⁸³ Die Mitgliedstaaten treffen nach dieser Entscheidung umfassende Darlegungspflichten, wenn sie sich auf eine Monopolstellung berufen wollen. Sie haben

*„dem entscheidenden Gericht alle Umstände darzulegen, anhand derer das Gericht sich vergewissern kann, dass die Maßnahme tatsächlich den Verhältnismäßigkeitsanforderungen genügt, und die Gerichte haben sich auf dieser Basis zu vergewissern, dass eine Monopolstellung tatsächlich dem Anliegen entspricht, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern.“*⁸⁴

Im Grundsatz ist diese Rechtsprechung entsprechend der Schutzrichtung der Grundfreiheiten auf alle Fälle zu erstrecken, in denen in mate-

78 EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-316/07 (Stoß), Rn 88; EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-46/08 (Carmen Media), Rn. 55; Hervorhebung durch den Verfasser.

79 Vgl. EuGH, Urt. v. 06.11.2003, Rs. C-243/01 (Gambelli), Rn. 67; EuGH, Urt. v. 06.03.2007, Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04 (Placanica), Rn. 53; EuGH, Urt. v. 10.03.2009, Rs. C-169/07 (Hartlauer), Rn. 55; EuGH, Urt. v. 08.09.2009, Rs. C-42/07 (Liga Portuguesa), Rn. 61; jüngst auch EuGH, Urt. v. 15.09.2011, Rs. C-347/09 (Dickinger/Ömer), Rn. 56.

80 EuGH, Urteil vom 08.09.2010, Rs. C-316/07.

81 EuGH, Urteil vom 08.09.2010, Rs. C-46/08.

82 Deutlich *Schorkopf*, DÖV 2011, S. 260, 267.

83 So auch *Marberth-Kubicki/Hambach/Berberich*, K&R 2012, S. 27, 30.

84 EuGH, Urt. v. 15.09.2011, Rs. C-347/09 (Dickinger/Ömer), Rn. 56.

rieller Hinsicht Kohärenz zum wesentlichen Maßstab der Prüfung der Verhältnismäßigkeit wird. Denn auch ohne die ausdrückliche Benennung solcher Darlegungslasten ist im Zweifel für die Grundfreiheiten, ist „in dubio pro libertate“ zu entscheiden.

Als gerichtlich entwickelte Rechtsfigur ist die dogmatische Einordnung des Kohärenzprinzips noch offen. Während der EuGH und ihm folgend etwa auch das Bundesverwaltungsgericht die Kohärenz im Rahmen der Eignung der Verhältnismäßigkeitsprüfung thematisieren, wird es in der Literatur zum Teil schon auf der Ebene der Ziellegitimität verortet,⁸⁵ zum Teil als spezifisch unionsrechtliche Schrankenschanke verstanden⁸⁶ und zum Teil insgesamt als eigener Prüfungsmaßstab in Frage gestellt,⁸⁷ was indes in der Rechtspraxis auf eine Korrektur der Rechtsprechung hinauslief, die nur der EuGH selbst vornehmen könnte.

Ungeachtet einer exakten dogmatischen Verortung sollen für eine an der Rechtswirklichkeit und Rechtspraxis orientierte Beurteilung der maßgeblichen Regelungen des GlüStV n.F. die Maßstäbe und die Prüfungsfolge des EuGH zugrunde gelegt werden. Die Prüfung des GlüStV n.F. erfolgt somit in erster Linie am Maßstab der Kohärenz, begriffen als besondere Anforderung an seine Eignung zur Zielverwirklichung (bb). Zusätzliche Aspekte werden im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung berücksichtigt (cc).

bb) Eignung, insb. Kohärenz

In ständiger Rechtsprechung verlangt der EuGH seit der Rechtssache *Gambelli*, dass die Beschränkungen geeignet sein müssen, die Verwirklichung der von den Mitgliedstaaten geltend gemachten Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie kohärent und systematisch zur Beschränkung des Glücksspiels beitragen.⁸⁸ Eine Regelung ist demnach dann inkohärent bzw. widersprüchlich, wenn vergleichbare Kategorien

⁸⁵ *Dederer*, NJW 2010, S. 198, 199.

⁸⁶ *Lippert*, EUR 2012, S. 90, 92.

⁸⁷ *Pagenkopf*, NVwZ 2011, S. 513, 515 f.; zur ähnlichen Figur der Folgerichtigkeit vgl. *Rossi*, Inkonsequente Gesetzgebung, in: Koch/ders. (Hrsg.), Kodifikation in Europa, 2012, S. 149, 157.

⁸⁸ EuGH, Urt. v. 06.11.2003, Rs. C-243/01 (*Gambelli*), Rn. 67; EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-46/08 (*Carmen Media*), Rn. 55; EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-316/07 (*Stoß*), Rn. 97. Bereits zuvor etablierte der Gerichtshof die Kohärenzprüfung zum allgemeinen Erfordernis im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung. So die Einschätzung von *Streinz/Kruis*, NJW 2010, 3745, 3747; unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 10.03.2009, Rs. C-169/07 (*Hartlauer*), Rn. 55.

ungleich behandelt werden, sofern diese Ungleichbehandlung die Erreichung des Ziels beeinträchtigt oder vereitelt.⁸⁹

Gemessen an diesem Maßstab ist die Beschränkung der Erlaubnis auf das Hoheitsgebiet eines Landes, wie § 9 Abs. 4 S. 1 GlüStV n.F. sie anordnet, aus vier Gründen ungeeignet bzw. inkohärent.

Sie ist erstens schon ungeeignet im überkommenen Sinne, weil nicht erkennbar ist, wie die räumliche Beschränkung der Erlaubnis auf ein Land die Verwirklichung der von § 1 GlüStV n.F. genannten Ziele gewährleisten soll. Ausweislich der Erläuterungen zum GlüStV n.F.

„dient [die Regelung des § 19 Abs. 2 u. 3 GlüStV n.F.] dem Abbau bürokratischer Hemmnisse im Erlaubnisverfahren und der diskriminierungsfreien Gleichbehandlung der Antragsteller. An der Lotteriehöhe der Länder und dem Erfordernis einer Erlaubnis in jedem einzelnen Land (unter Beachtung des GlüStV und der Ausführungsvorschriften des Landes) wird dabei festgehalten. Zur Vereinfachung werden die Verfahren gebündelt, so dass die Anträge bei einer Stelle gestellt und von derselben Stelle verbeschieden und überwacht werden. An die Stelle der Einzelermächtigung durch jedes einzelne Land tritt die gemeinsame Entscheidung im Glücksspielkollegium (mit der qualifizierten Mehrheit nach § 9a Abs. 8). Die Erlaubnisse werden somit regelmäßig zeitlich zusammengefasst erteilt werden und inhaltlich so weit wie möglich identisch gefasst sein, insbesondere hinsichtlich der übereinstimmenden Anforderungen nach dem Glücksspielstaatsvertrag.“⁹⁰

Eine Ausrichtung an den Zielen des § 1 GlüStV n.F. ist selbst in dieser offiziellen Begründung nicht ersichtlich. Sie wäre ohnehin nur vorgehoben, denn die räumliche Beschränkung steht als formale Begrenzung der Erlaubnis in keinem Zusammenhang zu den materiellen Zielsetzungen des § 1 GlüStV n.F.⁹¹ Sie kann deren Verwirklichung deshalb weder gewährleisten noch gefährden, sondern verhält sich zu diesen Zielen schlicht neutral. So dies im Sinne eines weiten Verständnisses noch vom Maßstab der Eignung gedeckt sein sollte, genügt es angesichts der doch erheblichen freiheitsbeeinträchtigenden Wirkungen der räumlichen Beschränkung jedenfalls nicht dem strengeren Maßstab der Erforderlichkeit.⁹² Zugleich wird deutlich, dass die räumliche Beschrän-

⁸⁹ So die Zusammenfassung von Streinz/Kruis, NJW 2010, 3745, 3747.

⁹⁰ Erläuterungen zum Entwurf des GlüStV n. F., Stand: 7. Dezember 2011, S. 39.

⁹¹ Deutlich zur parallelen bisherigen Rechtslage VG Berlin, Urt. v. 22.09.2008 – 35 A 15.08 (Juris); VG Halle, Urt. v. 11.11.2010 (rechtskräftig) – 3 A 158/09, ZfWG 2011, S. 61; VG Chemnitz, Urt. v. 03.03.2011 – 3 K 448/09, SächsVBl 2011, 188; VG Gelsenkirchen, Urt. v. 06.04.2011 – 7 K 6737/08 (Juris).

⁹² Siehe unten S. 37.

kung offensichtlich anderen, vom GlüStV n.F. nicht genannten Zielen zu dienen bestimmt ist, etwa der Sicherung der Monopolstellung der einzelnen Landes-Lotteriegesellschaften. Dies soll und muss an dieser Stelle aber nicht näher untersucht werden, weil die Verhältnismäßigkeitsprüfung zumindest an den Zielen zu messen ist, die im Staatsvertrag explizit benannt oder in der Gesetzgebungsbegründung als solche herausgestellt werden. Hingewiesen sei nur noch einmal darauf, dass die in der Begründung angesprochene „Vereinfachung“ wegen der unterschiedlichen materiellen Rechtslage weniger den Antragstellern als vielmehr dem Glücksspielkollegium und somit den Ländern zu Gute kommt: Sie sichern sich ein verfahrensrechtlich begründetes Monopol.

Dem Kohärenzprinzip widerspricht es zweitens, dass hinsichtlich des Genehmigungsverfahrens zwischen der internen Spielvermittlung durch die Landes-Lottogesellschaften selbst und der externen Spielvermittlung durch gewerbliche Anbieter differenziert wird. Denn während der Gemeinsamen Klassenlotterie der Länder und den Lotterien-Einnehmern die Erlaubnis nach § 9a Abs. 1 GlüStV n.F. erstens in einem ländereinheitlichen Verfahren und zweitens für das Gebiet aller Länder erteilt wird, benötigen die gewerblichen Spielvermittler nach § 9 Abs. 4 S. 1 GlüStV n.F. für jedes Land eine gesonderte Erlaubnis, über die nicht in einem ländereinheitlichen Verfahren, sondern gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 GlüStV n.F. in dem bereits beschriebenen gebündelten Verfahren entschieden wird. Diese Differenzierung ist mit Blick auf die in § 1 GlüStV n.F. sachlich umso weniger zu begründen, als Klassenlotterien, sonstige Lotterien und Sportwetten lediglich Teilbereiche der Glücksspiele sind: In beiden Fällen hängt die Gewinnentscheidung ganz wesentlich vom Zufall ab.⁹³ Insofern indiziert ihre unterschiedliche Behandlung das Fehlen einer kohärenten und systematischen Regelung. Denn wenn die räumliche Beschränkung der Erlaubnisse für die gewerbliche Spielvermittlung im Interesse und zur Durchsetzung der von § 1 GlüStV n.F. genannten Ziele geboten sein sollte, dann wird die Zielverwirklichung dadurch in Frage gestellt und konterkariert, dass die Erlaubnisse für die Gemeinsame Klassenlotterie der Länder in einem ländereinheitlichen Verfahren für alle Länder erteilt werden.

Gleiches gilt mit Blick auf die vom EuGH in den Blick genommene Gesamtkohärenz für die Vermittlung von Sport- und Pferdewetten. Insofern liegt drittens ein Verstoß gegen den Kohärenzgrundsatz darin,

⁹³ Diesbach/Ahlhaus, ZUM 2011, S. 129, 133, unter Verweis auf BVerwGE 96, 293, 295 f.; Hecker/Ruttig, in: Dietlein/dies. (Hrsg.), Glücksspielrecht, § 21 GlüStV, Rn. 21; Lackner/Kühl, StGB, 26. Auf. 2007, § 284, Rn. 6.

dass die Vermittlung von Glücksspiel anderen Bestimmungen folgt als die Vermittlung von Sport- und Pferdewetten. Die Veranstaltung – und im Ergebnis auch die Vermittlung – von Sportwetten profitieren nach § 9a Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 10a Abs. 2 und § 4a GlüStV n.F. ebenfalls von einer Erlaubnis, die in einem einzigen Verfahren für alle Länder erteilt wird. Gleiches gilt nach § 27 Abs. 2 S. 2 GlüStV n.F. für Pferdewetten. Auch hier fehlt es an einem sachlichen, durch die in § 1 GlüStV n.F. genannten Ziele begründeten Anknüpfungspunkt für die unterschiedliche Behandlung. Entweder ist die räumliche Begrenzung der Erlaubnisse erforderlich zur Gewährleistung der Ziele und muss dann für sämtliche Bereiche gelten, die vom GlüStV n.F. geregelt werden, oder sie ist nicht erforderlich und darf dann auch nicht für den Teilbereich der gewerblichen Vermittlung von Glücksspiel zur Anwendung gelangen.

Schließlich ist die räumliche Begrenzung der Erlaubnis für die gewerbliche Vermittlung von Glücksspiel auch insoweit inkohärent, als sie sich nicht auf ein bundesweites Gesamtkonzept im Umgang mit sämtlichen Glücksspielarten stützen lässt und ein solches auch nicht im Vertrags- bzw. Ratifikationsverfahren dargelegt wurde. Dies wird im Rahmen der Verfassungsmäßigkeit des GlüStV n.F. näher ausgeführt.⁹⁴

cc) Erforderlichkeit

Nur zusätzlich sei aus zwei Gründen auf die Erforderlichkeit eingegangen, die in der Terminologie des EuGH zwar als Verhältnismäßigkeit beschrieben wird, die der Sache nach aber das Verbot betrifft, nicht über das hinauszugehen, was zur Erreichung des Zieles erforderlich ist.⁹⁵

Erstens wird die Erforderlichkeit für den Fall bedeutsam, in dem man – respektive der EuGH – das Kriterium der Eignung weit etwa in dem Sinne versteht, dass jede Maßnahme die Verwirklichung der verfolgten Ziele gewährleistet, die sich nicht kontraproduktiv auf diese Ziele auswirkt. In einem solch weiten – freilich mit der Rechtsprechung des EuGH nicht zu vereinbarenden – Sinne wäre die räumliche Beschränkung der Erlaubnis auf das jeweilige Land noch geeignet, da sie die in § 1 GlüStV n.F. genannten Ziele zwar nicht fördert, sie umgekehrt aber auch nicht beeinträchtigt. Den engeren Filter der Erforderlichkeit pasierte die Klausel aber definitiv nicht. Denn angesichts der Eignung der Klausel, die Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit weniger attraktiv

⁹⁴ Siehe unten S. 34.

⁹⁵ Vgl. hspw. EuGH, Urt. v. 12.12.1996, Rs. C-3/95 (Reisebüro Broede); Urt. v. 23.11.1999, Rs. C-369/96, (Arblade), Rn. 35; näher *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S. 168 ff.

zu machen, und angesichts insbesondere auch greifbarer Alternativen geht sie deutlich über das hinaus, was zur Erreichung der Ziele erforderlich ist. In Bezug auf die von § 1 GlüStV n.F. herausgestellten Ziele stellt sie keinen Mehrwert gegenüber einer bundeseinheitlichen oder – je nach Antrag des gewerblichen Spielvermittlers – jedenfalls länderübergreifenden Erlaubnis dar.

Zweitens bietet der allgemeine Maßstab der Erforderlichkeit mehr Möglichkeiten, weitere Aspekte als die bloße Inkohärenz in der Abwägung abzubilden. Zu berücksichtigen ist insoweit zunächst, dass die Bindung der Bevölkerung eines Bundeslandes an die jeweilige Lottogesellschaft mit zunehmender Nutzung des Internet immer praxisferner wird. Dies gilt umso mehr, als die Nutzung des Internet wegen der immer stärkeren Verbreitung von Smartphones nicht mehr an einen Computer und somit nicht mehr an einen Ort gebunden ist. Zu berücksichtigen sind darüber hinaus aber auch die Folgeprobleme der Regionalisierung für die gewerblichen Spielvermittler, die eingangs bereits als faktische Wirkungen des Regelungsregimes skizziert wurden.⁹⁶ In Erinnerung gerufen sei zunächst, dass ein Bundesland allein – selbst ein bevölkerungsreicheres – „mangels Masse“ regelmäßig keinen attraktiven Markt für die Vermittlung von Glücksspiel darstellt, so dass gewerbliche Spielvermittler entweder länderübergreifend, am ehesten aber wohl bundesweit tätig werden wollen. Dies impliziert das Erfordernis, mehrere Erlaubnisse beantragen und erhalten zu müssen. Vor allem aber multipliziert die Summe einzelner Landeserlaubnisse den finanziellen Aufwand nicht nur für die Durchführung der Genehmigungsverfahren, sondern vor allem den finanziellen und technischen Aufwand, der für die Schnittstellen mit den jeweiligen Landes-Lottogesellschaften erforderlich ist. Und schließlich sei noch einmal hervorgehoben, dass die räumliche Begrenzung der Erlaubnisse nicht nur für die einzelnen gewerblichen Spielvermittler, sondern vor allem für den Wettbewerb an sich kontraproduktiv wirkt: Wo ein Provisionswettbewerb stattfinden könnte, wird statt dessen ein einheitlicher Markt entsprechend der Landesgrenzen sechzehn einzelnen Monopolisten zugewiesen. Diese wettbewerbsverhindernde Wirkung kann und muss bei der Prüfung der Dienstleistungsfreiheit durchaus berücksichtigt werden.⁹⁷

⁹⁶ Siehe oben S. 5.

⁹⁷ Ausdrücklich EuGH, Urt. v. 29.01.1985, Rs. 231/81 (Leclerc), Rn. 9; EuGH, Urt. v. 19.03.1991, Rs. 202/88 (Frankreich/Kommission), Rn. 41; deutlich Hoffmann, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, EL 28. Juni 2011, Anm. H. I. § 1 Rn. 5.

5. Teilergebnis

Die maßgeblichen Bestimmungen des GlüStV n.F. für die gewerbliche Vermittlung von Glücksspiel sind aus mehreren Gründen unionsrechtswidrig. Die Ausgestaltung des „Erlaubnisvorbehalts“ in § 4 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GlüStV n.F. genügt nicht den allgemeinen rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanforderungen, die vom EuGH mit Transparenzanforderungen konkretisiert wurden. Er ist potentiell diskriminierend und bereits deswegen unionsrechtswidrig. Die räumliche Beschränkung der Erlaubnis nach § 9 Abs. 2 S. 1 GlüStV n.F. sowie das gebündelte Verfahren nach Maßgabe des § 19 Abs. 2 S. 1 GlüStV n.F. sind zur Gewährleistung der Ziele des § 1 GlüStV n.F. schon nicht geeignet, jedenfalls aber nicht erforderlich. Ihre Sonderstellung gegenüber der in einem länder einheitlichen Verfahren zu erteilenden länderübergreifenden Erlaubnis für die Gesamtdeutsche Klassenlottiere und die Lotterie-Einnehmer sowie für die Vermittlung von Sport- und Pferdewetten indiziert eine fehlende Kohärenz und Stimmigkeit des gesamten Glücksspiel- und Wettrechts. Die genannten Bestimmungen verletzen deshalb die Dienstleistungsfreiheit und dürfen in deren Anwendungsbereich nicht angewendet werden.

C. Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht

Neben dem Europarecht muss die durch den GlüStV n.F. bewirkte Regionalisierung auch dem Verfassungsrecht genügen. Denn nach Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 1 Abs. 3 GG ist die gesamte Staatsgewalt und mit ihr auch die Gesetzgebung der Länder an die verfassungsmäßige Ordnung und insbesondere an die Grundrechte gebunden. Diese Verfassungsbindung erstreckt sich auch auf Staatsverträge zwischen den Ländern. Das Verhältnis der Länder im Bundesstaat zueinander ist lückenlos durch das Bundesverfassungsrecht geregelt, wobei neben den ausdrücklichen Regelungen im Grundgesetz auch der vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens gewahrt werden muss.⁹⁸ Zudem müssen Staatsverträge zwischen den Ländern auch das (einfache) Bundesrecht beachten – dem Grundgesetz und sonstigem Bundesrecht widersprechendes Intraföderationsrecht ist verfassungswidrig.⁹⁹ Die Regelungen des GlüStV n.F. sind deshalb in for-

⁹⁸ BVerfGE 34, 216, 232; vgl. BVerfGE 42, 345, 358 f.

⁹⁹ So explizit Rudolf, Kooperation im Bundestaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 92, unter Verweis auf Pietzcker, Landesbericht Deutschland, in: Starck (Hrsg.), Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat, 1988, S. 17, 49; Vedder, Intraföderale Staatsverträge, 1996, S. 200.

meller wie in materieller Hinsicht an den Vorgaben des Grundgesetzes und des sonstigen Bundesrechts zu messen.

I. Formelle Verfassungsmäßigkeit

In formeller Hinsicht beschränkt sich die Prüfung auf die Frage, ob die Länder angesichts der kartellrechtlichen Beschlüsse des BGH ihre ordnungsrechtliche Gesetzgebungskompetenz in verfassungswidriger Weise genutzt haben, um das wettbewerbsrechtliche Verbot der Regionalisierung zu unterlaufen. Ausgehend von der grundsätzlichen Zulässigkeit paralleler Kompetenzausübung (1.), ist deshalb zu prüfen, ob in der Verschleierung der wahren Ziele des GlüStV n.F. ein verfassungswidriger Kompetenzmissbrauch liegt (2.) und ob zudem die fehlende Abstimmung des gesamten Glücksspiel- und Wettrechts als Verstoß gegen die Bundestreue zu qualifizieren ist.

1. Zulässigkeit paralleler Kompetenzausübung

Fraglich ist zunächst, ob es den Ländern überhaupt offensteht, die ihnen verfassungsrechtlich eingeräumten Kompetenzen durch eine parallele Gesetzgebung oder eben durch Staatsverträge in einer Weise auszuüben, dass bundesweit eine einheitliche Rechtslage bewirkt wird, ohne dass der Bund gesetzgeberisch tätig geworden ist. Ähnlich wie in Bezug auf die EU diskutiert wird, ob die Mitgliedstaaten durch multilaterale Verträge Recht parallel zur EU und dementsprechend ohne Beteiligung der Organe der EU setzen dürfen,¹⁰⁰ ließe sich für die Länder postulieren, dass sie ihr Recht nicht in einer Weise gemeinschaftlich setzen dürften, die ohne Beteiligung der Bundesorgane zu einheitlichem Recht im Bundesgebiet führt.

Zwei Anknüpfungspunkte kämen für eine solche Begrenzung der Landesgesetzgebung in Betracht: Zum einen ließe sich argumentieren, dass der zweigliedrige Bundesstaat durch eine abgestimmte Gesetzgebung der Länder unterlaufen würde. Neben den Bund auf der einen Seite und die Länder auf der anderen Seite träte die Summe der Länder als dritte maßgebliche Ebene. Zum anderen ließe sich der kompetitive Aspekt der Bundestaatlichkeit fruchtbar machen. Er betont um der Innovation und Freiheitssicherung willen den politischen Wettbewerb zwischen den Bundesländern, der bei einer staatsvertraglich begründeten Rechtsetzung ähnlich wie bei einem abgestimmten Verhalten verloren ginge.

100 Vgl. hierzu ausführlich *Thym*, Ungleichzeitigkeit und Europäisches Verfassungsrecht, 2004, S. 197 ff.

Indes vermögen beide Argumente einer staatsvertraglich begründeten Gesetzgebung der Länder nicht entgegen zu stehen.

Was zunächst die Zweigliedrigkeit des Bundesstaates betrifft, so geht es dem Bundesverfassungsgericht bei seiner entsprechenden Interpretation des Grundgesetzes vor allem darum, eine dritte, aus Bund und Ländern gemeinsam gebildete staatliche Ebene auszuschließen. Neben den Ländern und dem Gesamtstaat bestehe weder ein Zentralstaat noch gebe es eine „gemeinsame Verfassungsordnung“.¹⁰¹ Wenn sich solche strikte Zweiteilung angesichts etwa der gemeinsamen, nur von Bund und Ländern zusammen erfüllbaren Verpflichtung des Art. 109 Abs. 2 GG auf die europarechtlichen Vorgaben der Haushaltsdisziplin sowie auf das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht auch nicht durchgängig aufrecht erhalten lässt,¹⁰² ist mit Blick auf Staatsverträge zwischen den Ländern doch zugleich festzuhalten, dass nur eine Bund und Länder zusammenfassende dritte Ebene, nicht hingegen eine Kooperation unter den Ländern ausgeschlossen wird. Dass in der Literatur eine derartige „Unitarisierung durch Kooperation“ mit Blick sowohl auf das demokratische wie auf das bundesstaatliche Prinzip durchaus problematisch gesehen wird,¹⁰³ soll hier nicht weiter vertieft werden, weil angesichts der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht erkennbar ist, dass Staatsverträge generell oder der Glücksspieleränderungsstaatsvertrag im Besonderen vom Bundesverfassungsgericht wegen Verstoßes etwa gegen Art. 79 Abs. 3 GG für nichtig erklärt werden wird.¹⁰⁴

Was sodann die kompetitiven Aspekte des Bundesstaatsprinzips betrifft, so ist dieser Maßstab ebenfalls zu unscharf, um die Verfassungswidrigkeit der Regelungsform von Staatsverträgen zu begründen. Zwar wurden in der Literatur etwa schon gegenüber dem ministeriell beschlossenen Musterentwurf des VwVfG und seinen parlamentarischen Absegnungen in den Ländern Zweifel geäußert, die wegen des stark gubernativen Charakters dieser koordinierten Ländergesetzgebung vor allem demokratietheoretisch begründet werden. Die Form der Gesetzgebung wird als eine Form der Mischgesetzgebung entlarvt, durch die politische Verantwortlichkeiten verwischt werden.¹⁰⁵ Gleiches ließe sich wegen des Funktionsverlusts der Länderparlamente für die Ratifizierung der von der Exekutive ausgehandelten Staatsverträge sagen. Staatsverträge

101 Vgl. deutlich BVerfGE 6, 309, 364; 13, 54, 77.

102 Vgl. Rossi, JZ 2007, S. 394, 397.

103 Vgl. Degenhart, Staatsorganisationsrecht, 28. Aufl. 2012, Rn. 465.

104 Offen insofern etwa die 7. Rundfunkentscheidung BVerfGE 87, 181, 196.

105 Burgi, JZ 2010, S. 105, 111.

stellen insoweit eine besondere Form der Länderkooperation dar, eine Kooperationsform, die weitgehend an den landesparlamentarischen Gestaltungsräumen vorbeigeht. Denn die Idee ist eine besondere Exekutivkooperation, bei der die Landtage quasi nur als Ratifikationsinstanz verbleiben. Diese Form der Exekutivkooperation ist auch vor dem Hintergrund der jüngsten Föderalismusreformen zu kritisieren. Selbst wenn das Glücksspielrecht, jedenfalls das Recht der Lotterien, nicht von der Föderalismusreform betroffen war, so verliert doch jede Intention, die Gesetzgebungsbefugnisse des Bundes zugunsten eines größeren Gestaltungsspielraums der Länder zurückzuführen, an Sinn, wenn infolge eines aufwendigen Koordinierungsprozesses zwischen den Ländern, vertreten jeweils durch ihre Regierungen, am Ende im Ergebnis eine bundeseinheitliche Rechtslage in sechzehnfacher landesgesetzlicher Ausführung steht.¹⁰⁶ Doch ob, in welchen Bereichen und mit welcher Schärfe sich das Grundgesetz tatsächlich für einen Wettbewerbsföderalismus ausgesprochen hat, der ein politisch und rechtlich abgestimmtes Verhalten nicht nur als unerwünscht, sondern als verfassungswidrig qualifizieren lässt, ist unklar. Zwar verfolgt die insbesondere mit der Föderalismusreform I vorgenommene Verschärfung der bewussten Trennung der Verantwortungsräume das Ziel, Anreize und Möglichkeiten für einen Gestaltungswettbewerb zu setzen,¹⁰⁷ auch und gerade zwischen den Ländern. Doch das Ignorieren solcher Freiräume und die Entscheidung für eine koordinierte Politik, für eine koordinierte Rechtsetzung unter den Ländern werden damit nicht verboten. Vielmehr ist im Grundsatz nach wie vor davon auszugehen, dass das föderalistische Prinzip den Ländern das Recht gibt, von den ihnen eingeräumten Kompetenzen unabhängig und selbständig Gebrauch zu machen,¹⁰⁸ und sei es in Form von Staatsverträgen.

2. Missbrauch der Kompetenzausübung

Steht den Ländern mithin grundsätzlich offen, ihre Gesetzgebungskompetenz für die ordnungsrechtliche Flankierung des Glücksspielrechts durch einen Staatsvertrag in koordinierter Weise zu nutzen, ist verfassungsrechtlich zu prüfen, ob sie diese Kompetenz möglicherweise missbräuchlich und damit verfassungswidrig ausgeübt haben.

106 Vgl. *Papier*, Bewährung und Reform der bundesstaatlichen Ordnung, 2011, S. 15.

107 *Burgi*, JZ 2010, S. 105, 111.

108 Vgl. BVerfGE 11, 77, 88.

Die Möglichkeit für einen Missbrauch wird durch die Besonderheit eröffnet, dass die Länder einerseits als Wirtschaftssubjekte am Glücksspielmärkte teilnehmen und insoweit eben auch dem Wettbewerbsrecht unterfallen,¹⁰⁹ auf der anderen Seite aber als Hoheitsträger zugleich dasjenige Recht setzen, das diesen Markt überhaupt erst eröffnet sowie darüber hinaus auch bestimmt und beschränkt.

a) Wettbewerbsrecht und Ordnungsrecht

Ob in einer Instrumentalisierung des Ordnungsrechts ein verfassungswidriger Missbrauch liegt, lässt sich nicht schon abstrakt mit dem Verhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und Ordnungsrecht beantworten. Denn das Ordnungs- und das Kartellrecht stehen nicht in einem strikten Alternativverhältnis zueinander, sondern unterscheiden sich in Zielsetzung, Voraussetzung, sachlichem und persönlichem Anwendungsbereich so sehr voneinander, dass ihr Verhältnis zueinander eher dem sich überschneidender Kreise entspricht. Weder dem Ordnungsrecht noch dem Kartellrecht kommt dabei ein allgemeiner Vorrang gegenüber dem jeweiligen anderen Rechtsgebiet zu.

Insbesondere setzt sich nicht das Ordnungsrecht der Länder gegen das Kartellrecht des Bundes durch, der die Zuständigkeitsvermutung für die Länder zu achten habe.¹¹⁰ Die Ausführung des BGH, nach der ein Erlaubnisvorbehalt im Glücksspielrecht mit Wettbewerbsrecht vereinbar sei, weil er die anerkannten Gemeinwohlbelange des § 1 GlüStV ordnungsrechtlich durchsetze,¹¹¹ wäre missverstanden, wollte man aus ihr einen allgemeinen ordnungsrechtlichen Vorbehalt des Wettbewerbsrechts ableiten.

Umgekehrt folgt aus der bundes- bzw. europarechtlichen Normierung des Kartellrechts auch noch nicht wegen des Vorrangs höherrangigen Rechts eine vollständige Verdrängung des Ordnungsrechts der Länder. Zutreffend ist allein, dass das Kartellrecht dem Ordnungsrecht in der Überlappung ihrer Anwendungsbereiche als Maßstab dient, dass sich also auch ordnungsrechtlich begründete Normen am Maßstab des Kartellrechts messen lassen müssen. Erst die exakte Subsumtion gibt dann

109 Vgl. insoweit BKartA, Beschluss vom 23.08.2006-B 10-92713-Kc-148/05, WuW/E DE-V 1251; sowie OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.06.2007-VI-Kart 15/06; BGH, Beschluss vom 08.05.2007-KVR 3106.

110 Gleichwohl vom konkreten und besonderen Fall des Gebührenrechts auf das allgemeine Verhältnis zwischen Gebühren- und Kartellrecht schließend *Wolffers/Wollenschläger*, DVBl. 2012, 273 ff.

111 BGH, Beschluss vom 14.08.2008, KVR 54/07, WuW/E DE-R 2408.

zu erkennen, ob gesetzliche Vorschriften mit dem Kartellrecht vereinbar sind oder nicht. Unerheblich ist dabei, ob diese Vorschriften ordnungsrechtlich oder anderweitig begründet sind.

Dass die räumliche Beschränkung der Erlaubnis nach § 9 Abs. 4 S. 1 GlüStV n.F. sowie das gebündelte Verfahren nach § 19 Abs. 2 GlüStV n.F. diesem Maßstab nicht genügen und insoweit mit dem Wettbewerbsrecht unvereinbar sind, ist oben bereits festgestellt worden.¹¹² Doch ein solcher Verstoß alleine indiziert allenfalls einen verfassungswidrigen Kompetenzmissbrauch, begründet ihn aber noch nicht. Ein Kompetenzmissbrauch kann nicht am Maßstab des Wettbewerbsrechts, sondern nur am Maßstab des Verfassungsrechts festgestellt werden.

b) Verfassungsrechtlicher Maßstab

Der verfassungsrechtliche Maßstab für eine missbräuchliche Wahrnehmung von Gesetzgebungskompetenzen ist nicht exakt definiert. Immerhin hat das Bundesverfassungsgericht bereits mehrfach hervorgehoben, dass die Kompetenzausübung durch Bund und Länder überhaupt missbräuchlich sein kann.¹¹³ Insofern lässt sich eine gefestigte Rechtsprechung ausmachen, die es erlaubt, die Art und Weise der Kompetenzausübung zum Gegenstand einer verfassungsrechtlichen Prüfung zu machen.

Auch in der Literatur besteht Einigkeit darin, dass eine Kompetenzausübung missbräuchlich sein kann.¹¹⁴ Insbesondere zur Abweichungsgesetzgebung nach Art. 72 Abs. 3 GG wird insoweit die Kompetenzausübungsschranke des Gebots bundesfreundlichen Verhaltens bemüht, um eine missbräuchliche Ausübung der Kompetenzen zu verhindern.¹¹⁵

Weder das Bundesverfassungsgericht noch das Schrifttum haben aber bislang allgemeine Begriffsmerkmale und konkrete Voraussetzungen einer missbräuchlichen Gesetzgebungskompetenzausübung entwickelt.¹¹⁶

Den angegebenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts lassen sich nur punktuelle Anhaltspunkte entnehmen. Recht zurückhaltend

112 Siehe oben S. 11.

113 BVerfGE 4, 115, 140; 13, 230, 234; 14, 197, 215; 104, 249, 269 f.; 106, 1, 27 f.; 110, 33, 52.

114 Statt vieler Rengeling, in: Kirchhof/Isensee (Hrsg.), HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 135 Rn. 15.

115 Vgl. bspw. Papier/Krönke, Grundkurs Öffentliches Recht 1, 2012, Rn. 274.

116 Vgl. Bauer, Die Bundestreue, 1992, S. 357; Dörfer, Bundesverfassungsgericht und Bundesstaat, 2010, S. 90 f.; Jestaedt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29 Rn. 75 ff.

hat es bspw. in seiner Entscheidung zum Ladenschlussgesetz vom 29.11.1961 ausgeführt, dass das Bundesverfassungsgericht „einen Missbrauch gesetzgeberischer Befugnisse derart, dass die gesetzliche Regelung überflüssig wäre, [...] nur dann feststellen könnte, wenn sich für eine gesetzliche Regelung kein sachlicher Grund finden ließe“.¹¹⁷ Diese Entscheidung ist für die vorliegende Untersuchung aus drei Gründen nicht weiterführend. Erstens betraf sie nur den speziellen Fall eines Missbrauchs, „dass eine gesetzliche Regelung überflüssig wäre“, und damit streng genommen die (fehlende) Eignung bzw. Erforderlichkeit im Sinne einer Verhältnismäßigkeit der Bestimmung. Zudem war sie rechtlich an der alten Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG a.F. ausgerichtet, so dass sie auf die gegenwärtige Verfassungsrechtslage nicht übertragen werden kann. Drittens schließlich ging es um ein gesetzgeberisches Tätigwerden des Bundes, nicht das der Länder.

Auf der anderen Seite hat das Bundesverfassungsgericht immer wieder den Grundsatz der Bundestreue hervorgehoben:

*„Im deutschen Bundesstaat wird das gesamte verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen dem Gesamtstaat und seinen Gliedern sowie das verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen den Gliedern durch den ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz von der wechselseitigen Pflicht des Bundes und der Länder zu bundesfreundlichem Verhalten beherrscht.“*¹¹⁸

Aus diesem Grundsatz lassen sich, wie das Bundesverfassungsgericht explizit festgestellt hat,

*„sowohl konkrete, über die in der bundesstaatlichen Verfassung ausdrücklich normierten verfassungsrechtlichen Pflichten hinausgehende, zusätzliche Pflichten der Länder gegenüber dem Bund und zusätzliche Pflichten des Bundes gegenüber den Ländern entwickeln [...] als auch konkrete Beschränkungen in der Ausübung der dem Bund und den Ländern im Grundgesetz eingeräumten Kompetenzen ergeben.“*¹¹⁹

Insofern wirkt sich der Grundsatz der Bundestreue nicht als zusätzliche Kompetenzzuweisungsnorm, sondern auf den Gebrauch der Kompetenzen aus. Hier fungiert er als Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme. Das Bundesverfassungsgericht hält diesen Grundsatz für so wichtig, dass er sogar für das Bestehen des Bundesstaates konstitutiv sei:

¹¹⁷ BVerfGE 13, 230, 234 f.

¹¹⁸ BVerfGE 12, 205, 254; 39, 96, 108; 41, 291, 308; 81, 310, 337.

¹¹⁹ BVerfGE 12, 205, 255; vgl. BVerfGE 31, 337, 354 ff.; bezugnehmend BVerfGE 81, 310, 337.

*„Ein Bundesstaat kann nur bestehen, wenn Bund und Länder im Verhältnis zueinander beachten, dass das Maß, in dem sie von formal bestehenden Kompetenzen Gebrauch machen können, durch gegenseitige Rücksichtnahme bestimmt ist.“*¹²⁰

Gerade auch beim Gebrauch bestehender Kompetenzen gebietet der Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens gegenseitige Rücksichtnahme:

*„Er hält die Egoismen des Bundes und der Länder in Grenzen und greift dort ein, wo deren Interessen auseinanderfallen und zwar so, dass der eine Teil Schaden nimmt, wenn der andere Teil seine Maßnahmen ausschließlich nach seinen Interessen treffen würde.“*¹²¹

Sehr klar hat das Bundesverfassungsgericht entschieden:

*„Der das gesamte verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen Bund und Ländern beherrschende Grundsatz der wechselseitigen Pflicht des Bundes und der Länder zu bundesfreundlichem Verhalten verlangt gegenseitige Rücksichtnahme und schließt eine missbräuchliche Interessenwahrnehmung aus.“*¹²²

Eine solche missbräuchliche Interessenwahrnehmung kann nicht nur aus der Art und Weise des Kompetenzgebrauchs, sondern auch aus dem Inhalt einer Maßnahme oder Regelung folgen, wenn dadurch Interessen des Bundes bzw. der Länder in besonderem Maße berührt werden.¹²³

Festzuhalten ist insofern, dass der Grundsatz der Bundestreue einen verfassungsrechtlichen Maßstab bietet, an dem sich der Gebrauch von Kompetenzen messen lassen muss und gegebenenfalls als Missbrauch entlarvt wird. Dieser Maßstab ist allerdings insoweit ein relativer, weil er nicht schlicht jeden Kompetenzmissbrauch, sondern nur einen solchen dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit unterwirft, der für die jeweils andere föderale Ebene von Nachteil ist.

Mit Blick auf den konkreten Untersuchungsgegenstand, mit Blick also auf die räumliche Begrenzung der Erlaubnis für die gewerbliche Spielvermittlung und ihre Erteilung in einem gebündelten, nicht aber in einem einheitlichen Verfahren ist insofern erneut die Verletzung von Unionsrecht zu thematisieren. Denn für diese Verletzung muss sich gegenüber der Europäischen Union alleine der Bund verantworten, obwohl

120 BVerfGE 4, 115, 141 f., bezugnehmend BVerfGE 8, 122, 138.

121 BVerfGE 43, 291, 348 f.; unter Bezugnahme auf BVerfGE 4, 115, 140 f.; 12, 205, 254 f.; 32, 199, 218; 34, 216, 232; 31, 314, 354.

122 BVerfGE 61, 149, 205.

123 BVerfG 61, 129, 205 f.

er weder an der Setzung noch am Vollzug des Glücksspieländerungsstaatsvertrags beteiligt war. Diese Divergenz zwischen der europarechtlichen Alleinverantwortung des Bundes auf der einen Seite und bei föderal bedingter Zuständigkeitsverteilung zwischen dem Bund und den Ländern auf der anderen Seite ist ein Hauptanwendungsbereich der Bundestreue, die von den Ländern insoweit verlangt, dem Bund die Einhaltung seiner europarechtlichen Pflichten zu ermöglichen.¹²⁴

Das Verbot des Kompetenzmissbrauchs ist aber nicht nur bundesstaatlich, sondern auch rechtsstaatlich begründet. Das Rechtsstaatsprinzip impliziert nicht nur ein allgemeines, auch den Gesetzgeber treffendes Begründungsgebot, sondern es umfasst insbesondere auch den Grundsatz der Begründungswahrheit. Denn

„stellte die Begründung auf Erwägungen ab, die gar nicht angestellt wurden, so würde sie mit solchen vorgeschobenen Gründen ihren Zweck nicht erfüllen. Weder Selbstkontrolle und materielle Richtigkeit, weder Klarstellung und Auslegung noch Kontrolle durch andere staatliche Stellen oder die demokratische Öffentlichkeit sind auf der Basis einer derart falschen Begründung zu erreichen.“¹²⁵

Was für die Begründung in Gesetzesentwürfen, in Ausschuss- und Plenarsitzungen etc. gilt, gilt umso mehr für im Gesetz selbst verankerte Zielsetzungen. Die Pflicht zur Nennung der wahren Ziele folgt hier schon aus der besonderen rechtlichen Bedeutung von gesetzlichen Zielbestimmungen: Sie sind für die Gesetzgebungskompetenz bedeutsam und prägen zugleich die Verhältnismäßigkeit des Gesetzes. Insofern ist die Pflicht zur Benennung der wahren Ziele eines Gesetzes von besonderer rechtsstaatlicher Bedeutung. Sie gilt damit absolut und unabhängig davon, ob der Kompetenzgebrauch einer anderen föderalen Ebene beeinträchtigt wird oder nicht. Hervorgehoben sei dabei bereits an dieser Stelle, dass ein Verstoß gegen das Gebot zur Benennung der wirklich verfolgten Ziele und das ihm korrespondierende Verbot der Verschleierung dieser Ziele nicht nur zur formellen Verfassungswidrigkeit des entsprechenden Gesetzes führt, sondern zugleich die materielle Verfassungswidrigkeit bewirken kann, weil und wenn die vorgeschobenen Gründe eine Verhältnismäßigkeit nicht zu begründen vermögen.

124 Vgl. hierzu *Grabitz*, AöR 111 (1986), 1 (30); *Sannwald*, ZRP 1993, 103, 109; *Stern*, in: FS Everling, 1995, S. 1469, 1481; sowie allgemein etwa *Scheuing*, EuR 1985, 229, 242; *Trübe*, EuR 1996, 179, 192.

125 Ausführlich *Kischel*, Die Begründung, 2003, S. 358 ff.

3. Verschleierung der verfolgten Ziele

Den Missbrauch einer Kompetenzausübung nachzuweisen, bereitet naturgemäß große Schwierigkeiten. Bezogen auf das Glücksspielrecht wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur deshalb auch allenfalls vorsichtig betont, dass die Vermutung nahe liege, die Gefahrenabwehr könne ein nachrangiges Motiv der Gesetzgebung darstellen.¹²⁶ Nichtsdestotrotz hat bspw. das VG Gelsenkirchen die eigentlichen Zielsetzungen der Länder klar erkannt und benannt:

„Insbesondere kann das sogenannte Regionalitätsprinzip auch nicht damit begründet werden, dass das Land Nordrhein-Westfalen bzw. die Bezirksregierung E keine landesübergreifende Regelungskompetenzen hätte, denn die verfahrensrechtliche Zuständigkeit regelt nur, welche Behörde sachlich und örtlich tätig werden darf/muss, damit der Bürger/Antragsteller im Rahmen von Art. 2 bzw. 12 GG seine Rechte wahrnehmen kann. Vorliegend dieses Recht auf Vermittlung von Lotterien auf Teilnehmer aus Nordrhein-Westfalen zu beschränken, ist jedoch nicht verfassungs- oder ordnungsrechtlich begründbar, sondern dient ausschließlich der Sicherung der jeweiligen Landesmonopole.“¹²⁷

Doch auch ohne die besondere Autorität eines Gerichts lassen sich verschiedene Indizien ausmachen, die auf die wahren Intentionen des Staatsvertrags und mithin auf eine missbräuchliche Kompetenzausübung schließen lassen. Dass das – im GlüStV n.F. nicht genannte – Einnahmeziel im Vordergrund der vertraglichen Bestimmungen und namentlich insbesondere der räumlichen Beschränkung der Erlaubnis für die gewerbliche Spielvermittlung auf ein Bundesland steht, wird erkennbar aus der Einbindung der Finanzministerien in die Glücksspielaufsicht (aa), aus zahlreichen Äußerungen während der Genese des Änderungsvertrags (bb) sowie nicht zuletzt auch schon aus der gewählten Form des Staatsvertrags selbst (cc).

aa) Zuständigkeiten der Finanzminister

Dass es dem Glücksspielrecht der Länder weniger um die Wahrnehmung einer ordnungsrechtlichen Aufgabe als vielmehr um die Steigerung der finanziellen Einnahmen geht, zeigt bereits der Umstand, dass die Lotteriegesellschaften in vielen Bundesländern von den Finanzministern oder landeseigenen Banken und nicht von der Innenverwaltung gehalten

¹²⁶ Vgl. Ossenbühl, VerwArch 86 (1995), S. 187, 190; Papier, in: FS für Stern, S. 543, 544; Rausch, GewArch 2001, S. 102, 106.

¹²⁷ VG Gelsenkirchen, Urteil vom 06.04.2011, Az. 7 K 6737/08, Juris Rn. 111, Hervorhebung nicht im Original.

werden.¹²⁸ Offenkundig steht beim Glücksspielrecht entgegen der Zielsetzung in § 1 GlüStV n.F. eine finanziell-wirtschaftliche Interessenlage im Vordergrund.¹²⁹ Verstärkt wird dieser Eindruck dadurch, dass überhaupt erst die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹³⁰ wieder dazu geführt hat, dass die Zuständigkeiten wieder vermehrt bei den Innenministerien liegen.¹³¹

bb) Äußerungen in der Genese des Staatsvertrags

Abgesehen von dieser allgemeinen Beobachtung lassen verschiedene Äußerungen in der Genese des Glücksspieländerungsstaatsvertrags erkennen, dass mit der räumlichen Beschränkung der Erlaubnisse und der Ausgestaltung des gebündelten Verfahrens die Verhinderung eines Provisionswettbewerbs angestrebt wurde.

Auf der Konferenz der Chefs und Chefinnen der Staatskanzleien am 22.11.2011 wurde kurz vor Verabschiedung des GlüStV n.F. offen ausgesprochen, dass die Aufteilung der Märkte und damit der Erlöse aus der Vermittlung das Ziel der künstlichen Trennung der Erlaubnisse ist. In einem internen Bericht eines Glücksspielreferenten eines Landes vom 23.11.2011 über die Ergebnisse heißt es insoweit:

„Die Vergabe der Erlaubnis für gewerbliche Spielvermittler soll harmonisiert werden. Das heißt, eine zuständige Stelle in einem Land soll die Erlaubnisse auch für die anderen Länder vergeben. Dabei ist das Recht der einzelnen Länder (kann unterschiedlich sein) für die Erteilung der Erlaubnis maßgeblich. Es bleibt in der rechtlichen Wirkung bei Einzelerlaubnissen. Die Umsätze sind in dem Land abzuliefern, für die die Erlaubnis gilt.“

Im Verfahren um den neuen Glücksspielstaatsvertrag ist unter den Ländervertretern auch die Frage diskutiert worden, ob nicht die Erteilung von Erlaubnissen – gemäß dem Vorschlag der Kommission – zentralisiert werden soll. Hierbei wurde aber deutlich, dass die Länderaufteilung weiterhin als 'Legitimation' für die Verteilung der Spieleinsätze und die Vermeidung von Provisionswettbewerb der Ländergesellschaft

128 In Bayern etwa ist LOTTO Bayern als die staatliche Lotteriegesellschaft im Geschäftsbereich des Staatsministeriums der Finanzen angesiedelt, in Schleswig-Holstein von der Investitionsbank des Landes.

129 Ähnlich Fischer, Das Recht der Glücksspiele im Spannungsfeld zwischen staatlicher Gefahrenabwehr und privatwirtschaftlicher Betätigungsfreiheit, 2009, S. 92.

130 BVerfGE 115, 276.

131 Vgl. Diegmann/Hofmann/Ohlmann, Praxishandbuch für das gesamte Spielrecht, 2008, S. 118.

ten untereinander gebraucht wird. Ganz offen formuliert dies das Bayerische Staatsministerium der Finanzen, das sich vehement gegen die Forderung wendet, eine bundesweit einheitliche Vermittlererlaubnis einzuführen.

„§ 19 Abs. 2 S. 3 des Staatsvertragsentwurfs regelt, dass die Erlaubnis für eine gewerbliche Spielvermittlung von der zuständigen Behörde eines Landes auch mit Wirkung für andere Länder erteilt werden kann, soweit diese sie hierzu ermächtigt haben. Soweit bekannt, gibt es Überlegungen, statt dieser Vorschrift von vornherein eine einheitliche Genehmigung für gewerbliche Spielvermittlungen für alle Bundesländer vorzusehen. Die Verteilung der Einsätze würde dann ähnlich dem früheren Regionalisierungsstaatsvertrag, jedoch mit höheren prozentualen Abschlägen erfolgen.

Eine entsprechende Änderung des Textentwurfs birgt die große Gefahr in sich, dass sie einer kartellrechtlichen Prüfung nicht standhält. Grundlage dafür, dass Spieleinsätze bei der Lotteriegesellschaft des Landes abzugeben sind, in dem die Vermittlung stattgefunden hat, ist die jeweilige glücksspielrechtliche (=ordnungsrechtliche) Erlaubnis durch die jeweilige Glücksspielaufsicht. Wenn nun dieses Erfordernis einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis für jedes Bundesland (einschl. der Möglichkeit der individuellen Delegation) zugunsten einer einheitlichen Erlaubnis aufgegeben würde, würde für eine Aufteilung der Spieleinsätze auf die Bundesländer die innere ordnungsrechtliche Legitimation fehlen. Die rein fiskalischen Interessen der Länder dürften wohl nicht ausreichen.“¹³²

Auch der Präsident der staatlichen Lotterieverwaltung Bayerns, *Erwin Horak*, formulierte im Namen aller Gesellschaften des DDLTB in der mündlichen Anhörung zum neuen Staatsvertrag am 25. Mai 2011 in der Staatskanzlei des Landes Sachsen-Anhalt:

„Beim Thema gewerbliche Spielvermittlung fehlen zudem aus unserer Sicht klare Regelungen, wo eine Abgabe der Spieleinsätze erfolgen soll. Dies ist wichtig zur Vermeidung eines Provisionswettbewerbs.“¹³³

Ein „Bekanntnis“ zum Ausschalten des Provisionswettbewerbs der Landeslottogesellschaften untereinander findet sich auch in einer weiteren Stellungnahme von Herrn *Horak*:

132 Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen an die Staatskanzlei Sachsen-Anhalt vom 22. August 2011.

133 Auszug aus der Niederschrift über die ergänzende Anhörung am 25. Mai 2011 in der Staatskanzlei des Landes Sachsen-Anhalt, Magdeburg.

„Ferner sollte eine einheitliche Regelung über die Zulässigkeit einer Verprovisionierung der gewerblichen Spielvermittler getroffen werden.“¹³⁴

Eine – ebenso bezeichnende – Gegenposition nimmt die Freie und Hansestadt Hamburg ein. Am 2. November 2011 hat die Innenbehörde Hamburgs an die anderen Länder geschrieben, dass die Freie und Hansestadt Hamburg die gerade geschilderte Behinderung der Lottovermittler bekanntlich nur kompromissweise hingenommen habe. Hamburg werde unter bestimmten Umständen nicht mehr an dieser Einigung festhalten. Wörtlich formuliert der zuständige Referent:

„[...] kann ich nicht zusagen, dass Hamburg die bisher angesichts der Bedeutung des Einvernehmens zwischen allen Ländern im Rahmen eines Gesamtkompromisses akzeptierten Bedingungen für die überregional und insbesondere im Internet tätigen gewerblichen Spielvermittler weiterhin mitträgt. Diese gewährleisten nach dem aktuellen Wortlaut von GlüStV und Begründung weder wirklich länder einheitliche Entscheidungen noch Chancen auf einen rentierlichen Geschäftsbetrieb (sei es durch Ermöglichung von Wettbewerb der Lottogesellschaften um ihre Einsätze, sei es durch die Gewährleistung einer die gewerblichen Vermittler im Verhältnis zu Annahmestellen und Lottereeinnehmern nicht diskriminierenden Mindestprovision der Lottogesellschaften). Sie müssten für diesen Fall etwa mit folgendem hamburgischen Antrag zum GlüStV rechnen:

Nach § 19 Abs. 2 wird ein neuer Abs. 3 mit folgendem Text eingefügt und der bisherige Abs. 3 wird zu Abs. 4: „Soweit gewerbliche Spielvermittler von mehreren Veranstaltern nach einem länderübergreifenden Spielplan angebotene Spiele oder Wetten vermitteln, obliegt ihnen die Entscheidung, bei welchem Veranstalter sie die Einsätze abgeben. Diese Veranstalter sind zur Annahme der Einsätze konzessionierter Vermittler verpflichtet. Sie verteilen die Einsätze abzüglich eines Selbstbehalts von 25 % nach dem Wohnsitz bzw. gewöhnlichem Aufenthalt der Spielteilnehmer an alle beteiligten Veranstalter.

Alternativ:

Die Veranstalter nach § 10 Abs. 2 und 3 sind verpflichtet, Einsätze gewerblicher Spielvermittler, die über eine für ihr Land geltende Vermittlungserlaubnis verfügen, anzunehmen. Sie dürfen die Vermittler im Rah-

134 Auszug aus der schriftlichen Stellungnahme des Federführers des Deutschen Lotto- und Totoblocks zur Strukturierten Anhörung zum Thema „Zukunft des Glücksspielwesens in Deutschland“.

men der Vertragsbedingungen, insbesondere in Fragen der Provisionszahlung nicht gegenüber den in ihre Vertriebsorganisation eingegliederten Annahmestellen bzw. Lotterie-Einnehmern benachteiligen.“

Und die Gesetzesbegründung dazu lautet wie folgt:

„Die Regelung dient dazu, (Wettbewerb der Lottogesellschaften um die Einsätze der legal in mehr als einem Land tätigen Vermittler zu gewährleisten und damit sowohl dem Kartellrecht Rechnung zu tragen als auch dazu) beizutragen, dass insbesondere solche Vermittler, die den Postweg und das Internet nutzen, ihre Aktivitäten gegenüber Spielteilnehmern aus Deutschland auch auf die Angebote der deutschen Monopolgesellschaften konzentrieren und so zur Schwarzmarktbekämpfung beitragen.“

In § 28 wird der Satz 2 wie folgt ergänzt:

„Sie können weitergehende Anforderungen insbesondere zu den Voraussetzungen des Veranstaltens und Vermittelns von Glücksspielen festlegen, soweit die Erlaubnisse nicht gemäß § 9a oder § 19 Absatz 2 einem ländereinheitlichen Verfahren unterliegen.“

Und die Gesetzesbegründung dazu lautet wie folgt:

„Unterschiedliche Anforderungen der Länder an das länderübergreifende Veranstalten und Vermitteln führen zu den Veranstalter und Vermittlern unzumutbarem bürokratischem Aufwand im Erlaubnisverfahren und ebensolchem, durch Schutzziele des Glücksspielstaatsvertrages nicht gerechtfertigten praktischem Aufwand bei der anschließenden Einhaltung differenzierter Auflagen.“¹³⁵

Sämtliche dieser Aspekte lassen deutlich erkennen, dass der eigentliche Zweck der maßgeblichen Bestimmungen des Glücksspieländerungsstaatsvertrags nicht in den in § 1 GlüStV n.F. genannten Zielsetzungen, sondern schlicht in einer Verhinderung des Provisionswettbewerbs, in einer regionalen Aufteilung der Märkte und in der Sicherung der Monopolstellung der jeweiligen Landes-Lottogesellschaften liegt.

Zum vorherigen Glücksspielstaatsvertrag mit einer ähnlichen Konzeption und fast identischen Regelungen hatte das VG Berlin sowohl in Bezug auf die Lotterievermittlung als auch auf weitere Regelungsmaterien des GlüStV entsprechende fiskalische Motive durch die Untersuchung und Aufarbeitung umfangreicher Zitate aus der damaligen Ge-

135 E-Mail der Innenbehörde Hamburg an das federführende Innenministerium Sachsen-Anhalt und die anderen Länder vom 02.11.2011.

setzesentstehung aufgezeigt.¹³⁶ Wenn auch die Konzeption des Glücksspielmonopols und die Zielsetzung des Staatsvertrags als solcher nicht Untersuchungsgegenstand des vorliegenden Gutachtens ist, fördern solche Umstände aus dem sonstigen Umfeld und der Vorgeschichte des Staatsvertrags doch den Eindruck, dass fiskalische Ziele verschleiert werden sollen.

cc) Zwischenergebnis

Die Instrumentalisierung des Ordnungsrechts zur Beschränkung des bundesweiten Marktes der gewerblichen Spielvermittlung ist eine missbräuchliche Kompetenzausübung der Länder. Sie missbrauchen ihre Doppelstellung als Markteröffner, Marktteilnehmer und Marktbeschränker, wenn sie unter Ausnutzung des grundsätzlichen, strafrechtlich

136 Verwaltungsgericht Berlin, Urt. v. 22.09.2008 – 35 A 15.08; Urt. v. 07.07.2008 – 35 A 108.07, wo u.a. aus dem Wortprotokoll der letzten Lesung des GlüStV im Abgeordnetenhaus von Berlin zitiert wurde, in der ein Mitglied der damaligen Regierungsfraktion seinen unterstützenden Redebeitrag mit den Worten schloss: „*Es wirkt ein bisschen skurril, wenn man die Begründung liest, die man gewählt hat und die ich gerne noch einmal vortrage: Es ist das Ziel dieses Landesgesetzes, das Glücksspielangebot zu begrenzen und den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken. – Das sind Formulierungen, die runtergehen wie Öl. Ich freue mich, dass dieses Hauptziel mit diesem Gesetz erfüllt wird. Es gibt die kleine Begleitfolge, auf die der Kollege Statzkowski bereits ausführlich eingegangen ist, die uns lieb und teuer ist und die in dem Haushalt, den wir heute noch beraten werden, ihren Niederschlag findet. So haben wir beispielsweise im Jahr 2006 ... zusammen 70,5 Millionen Euro Zweckabgabe, Bilanzgewinn der DKL, Spielbankmittel. Das ist alles eine gute Sache. Die Bundesländer sind sich einig, dass diese beiden Ziele am besten mittels dieses Vertrages erfüllt worden sind und eher nicht mittels des anderen Weges [dem Weg des Konzessionsmodells] so gut erfüllt würden. Deshalb haben sich die Bundesländer entschieden, diesen Weg zu gehen. Ich ... empfehle Ihnen, diesen Weg ebenfalls zu gehen. Ein dreifaches Hoch auf die Begleitfolge: nieder mit der Spielsucht!*“; oder Verwaltungsgericht Berlin, Urt. v. 22.07.2010 – 35 A 353.07, das auch Äußerungen anderer Länder betrachtete und unter anderem eine schriftliche Protokollnotiz der Sportministerkonferenz vom 19./20. November 2009 mit der diese den Kern des Staatsvertrags – das Glücksspielmonopol – mit folgenden Worten begründeten: „*Es besteht kein rechtlich zwingender Grund, das Wettspielmonopol ganz oder teilweise aufzuheben. Bei einer Abkehr vom Monopol ist die bisherige Förderung des Sports in Art und Umfang gefährdet. Erst wenn gesicherte Alternativen zur Finanzierung des Sports im derzeitigen Umfang erarbeitet sind, kann die Veränderung des Monopols verhandelt werden.*“ Das Verwaltungsgericht Berlin kommentierte dies lakonisch: Deutlicher lasse sich die (verfassungsrechtlich unzulässige) Begründung für den Erhalt des Sportwetten-Monopols kaum ausdrücken.

bewehrten Verbots der Durchführung von Glücksspielen mit der ordnungsrechtlich begründeten Ausnahmenvorschrift den Markt schaffen, auf dem sie sodann als alleinige Anbieter agieren.

4. Missachtung des Abstimmungsgebotes mit dem Bund

Das Gebot bundesfreundlichen Verhaltens ist zudem auch dadurch verletzt, dass die Länder sich bei der Aushandlung des Glücksspieländerungsstaatsvertrags nicht mit dem Bund abgestimmt haben, obwohl europarechtlich eine kohärente und systematische Ausgestaltung des gesamten Glücksspiel- und Wettwesens gefordert ist.

In der Rechtssache *Stoß u.a.* hat der EuGH seine vorherige Judikatur¹³⁷ auch auf die deutsche Rechtsordnung bezogen. Erneut hat er die Formel in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einfließen lassen, dass eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit nur dann gerechtfertigt werden kann,

*„wenn die entsprechende restriktive Maßnahme geeignet ist, die Verwirklichung dieses Ziels dadurch zu gewährleisten, dass sie dazu beiträgt, die Wetttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.“*¹³⁸

Die bundesstaatliche Tragweite dieser Formel liegt darin begründet, dass sich die Kohärenz nicht nur in vertikaler Hinsicht auf einzelne Glücksspielarten bzw. Glücksspielsektoren bezieht, sondern in horizontaler Weise das gesamte nationale Glücksspielwesen umfasst.¹³⁹ Dieses Erfordernis einer horizontalen Kohärenz, einer horizontalen, das gesamte Glücksspiel- und Wettwesen umfassenden Stimmigkeit,¹⁴⁰ wirft nicht nur tatsächliche Probleme auf, sondern zieht auch rechtliche, gar verfassungsrechtliche Konsequenzen nach sich, die sowohl die grundrechtlichen Gewährleistungen als auch die staatsorganisationsrechtliche Kompetenzverteilung betreffen.

Zum einen bringt die Forderung nach Kohärenz Gleichheitsaspekte in die Verhältnismäßigkeitsprüfung ein, die an sich als Schranke für Freiheitsbeschränkungen fungiert. Denn die Eignung, spätestens aber die Erforderlichkeit einer Regel muss sich nun auch daran messen lassen, wie vergleichbare Sachverhalte geregelt werden. Gegen diese Vermischung von Gleichheits- und Freiheitsrechten sind zahlreiche Bedenken

137 Siehe oben S. 31.

138 EuGH, Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-316/07 (*Stoß*), Rn. 97.

139 Vgl. *Klöck/Klein*, NVwZ 2011, S. 22, 23 f.

140 Zum Kohärenzerfordernis umfassend *Bumke*, Der Staat 2010, S. 77 ff.; *Schorkopf*, DÖV 2012, S. 260, 261 f.

einzuwenden.¹⁴¹ Auf der anderen Seite ist nicht zu verkennen, dass sich die Dogmatik der Freiheits- und Gleichheitsrechte ständig weiter annähert hat und mit der „neuen Formel“ seit 1984 ja umgekehrt auch Aspekte der Verhältnismäßigkeit bei der Prüfung von Gleichheitsrechten berücksichtigt werden.

Entscheidender ist, dass die Forderung nach horizontaler Kohärenz sich auch auf die nationale Kompetenzverteilung auswirkt. Die horizontale Kohärenzerwartung beeinträchtigt die vertikale Kompetenzausübung. Denn dass nach überwiegender Meinung und ständiger Rechtsprechung das Glücksspiel- und Wettrecht in der Bundesrepublik Deutschland teils zur Disposition des Bundes, teils zur Disposition der Länder – soweit der Bund die ihm diesbezügliche zustehende konkurrierende Gesetzgebungskompetenz¹⁴² nicht ausübt – steht, spielt für die europarechtliche Perspektive auf Deutschland als Ganzes keine Rolle. Die nationale Kompetenzverteilung vermag die europarechtlichen Vorgaben nicht zu modifizieren, wie der EuGH in ständiger Rechtsprechung hervorgehoben hat. Indem das Glücksspiel- und Wettgeschehen nicht mit der – historisch zufälligen – verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung und -ausübung parzelliert, sondern als Ganzes betrachtet wird, wird die Kohärenzerwartung also zu einem Kooperations-, mindestens aber zu einem Abstimmungsgebot zwischen dem Bund und den Ländern.¹⁴³ Dies bedeutet keinen Abschied vom bundesstaatlichen Charakter und ist insofern schon gar nicht als Eingriff, möglicherweise als Verletzung des Art. 79 Abs. 3 GG zu werten. Vielmehr lässt sich das europarechtlich determinierte Abstimmungsgebot verfassungsrechtlich mit dem Grundsatz der Bundestreue spiegeln. Das Gebot der Bundestreue belässt die grundgesetzliche Kompetenzverteilung unberührt und modifiziert nur die Ausübung der zugewiesenen Kompetenzen.

Auch das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 24.11.2010 deutlich gemacht, dass sich

„die Prüfung der Geeignetheit/Kohärenz der Beschränkung der unionsrechtlichen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit [...] nicht sektoral auf den von der Monopolregelung erfassten Sportwettenbereich beschränken [darf], sondern [...] auch das staatliche Verhalten im Bereich von Lotterien und anderen Glücksspielen mit vergleichbarem oder

141 Vgl. Rossi, Inkongruente Gesetzgebung, in: Koch/ders. (Hrsg.), Kodifikation in Europa, 2012, im Erscheinen.

142 BVerfGE 115, 276.

143 Vgl. auch Marbert/Kubicki/Hambach/Berberich, K&R 2012, S. 27, 32.

höherem Suchtpotential einbeziehen [muss].“ Und es ergänzt ausdrücklich: „Die verfassungsrechtliche Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat macht die Kohärenzprüfung für Glücksspielbereiche, die der Gesetzgebungskompetenz des Bundes unterliegen, unionsrechtlich nicht entbehrlich“.¹⁴⁴

Später formuliert es prägnant:

„Das unionsrechtliche Erfordernis der Kohärenz verlangt, dass die rechtliche oder tatsächliche Ausgestaltung anderer Glücksspielbereiche mit vergleichbarem oder höherem Suchtpotential der Monopolregelung nicht mit der Folge entgegenwirken darf, dass das Monopol zur Verwirklichung der mit ihm verfolgten Ziele nicht mehr beitragen kann.“¹⁴⁵

Wie streng nun die Anforderungen an eine Gesamtkohärenz im Einzelnen zu sein haben und ob und welche Unstimmigkeiten es im geltenden nationalen Glück- und Wettspielrecht gibt, muss in diesem Kontext nicht erörtert werden. Festzuhalten ist jedenfalls erstens, dass das deutsche Glücksspielrecht schon bei grober Betrachtung zweigeteilt ist: Lotterien und Sportwetten sind durch den Glücksspielstaatsvertrag – im Grundsatz auch nach den Änderungen im Glücksspieländerungsstaatsvertrag – einem staatlichen Monopol unterworfen, während Pferderennwetten, Automatenspiel und Spielbanken von verschiedenen Regelungen erfasst werden, die bei allen Unterschieden durch die Gemeinsamkeit gekennzeichnet sind, dass auch private Veranstalter Zugang zu diesem Markt haben.¹⁴⁶ Und entscheidend ist zweitens, dass einige Aspekte in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes und andere in die der Länder fallen.¹⁴⁷ Eine europarechtlich geforderte Gesamtkohärenz kann deshalb nur unter Einbeziehung beider Ebenen gelingen. Das Gebot bundesfreundlichen Verhaltens ist in seiner verfahrensrechtlichen Komponente insoweit schon dadurch verletzt, dass die Länder es unterlassen

144 BVerwG, Urt. v. 24.11.2010 – 8 C 14.09, Leitsatz 2 und 3.

145 BVerwG, Urt. v. 11.07.2011 – 8 C 11.10; 8 C 12.10, Leitsatz 2; bezugnehmend auf BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 8 C 14.09; vgl. auch BVerfG Urt. v. 01.06.2011, 8 C 2.10; 8 C 4.10; 8 C 5.10.

146 So die zusammenfassende Einschätzung von *Diesbach/Ahlhaus*, ZUM 2011, S. 129.

147 Vgl. für die gewerbliche Spielvermittlung die Darlegung von *Pieroth*, Erlaubnispflicht für gewerbliche Spielvermittlung am Maßstab des Grundgesetzes, in: *Hermes/Horn/Pieroth*, Der Glücksspielstaatsvertrag, S. 3, 11 ff.; generell zur Kompetenzlage etwa *Fischer*, Das Recht der Glücksspiele im Spannungsfeld zwischen staatlicher Gefahrenabwehr und privatwirtschaftlicher Betätigungsfreiheit, 2009, S. 79 ff.

haben, sich bei der Änderung des Glücksspielstaatsvertrages mit dem Bund abzustimmen.¹⁴⁸

5. Teilergebnis

Der GlüStV n.F. ist aus zwei Gründen formell verfassungswidrig. Er verletzt zunächst den rechtsstaatlichen Grundsatz der Begründungswahrheit, indem er die eigentlichen Ziele, die er verfolgt, nicht offenlegt. Er verletzt darüber hinaus den Grundsatz der Bundestreue, weil die Länder sich bei der Änderung des Glücksspielstaatsvertrags nicht mit dem Bund abgesprochen haben, obwohl Bund und Länder im Bereich des gesamten Glücksspiel- und Wettrechts über Gesetzgebungskompetenzen verfügen, die sie aus europa- und wettbewerbsrechtlichen Gründen nur im Rahmen einer Gesamtkohärenz ausüben dürfen.

II. Verletzung der Berufsfreiheit

In materieller Hinsicht soll die räumliche Beschränkung der Erlaubnis nach § 9 Abs. 4 S. 1 GlüStV n.F. zusammen mit ihrer Erteilung in einem gebündelten Verfahren nach § 19 Abs. 2 GlüStV n.F. am Maßstab des Art. 12 GG gemessen werden.

1. Schutzbereich der Berufsfreiheit

Der Schutzbereich der Berufsfreiheit ist in sachlicher Hinsicht eröffnet. Die Veranstaltung von Lotterien unterfällt nach herrschender Lehre und Rechtsprechung dem Grundrechtsschutz. Dies steht seit nunmehr gut 15 Jahren wohl außer Frage.¹⁴⁹

In persönlicher Hinsicht können sich sowohl deutsche wie nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union auf das Grundrecht des Art. 12 GG berufen.¹⁵⁰ Im Rahmen dieser abstrakten Prüfung der Bestimmungen des GlüStV n.F. ist der Maßstab der Berufsfreiheit somit eröffnet. Dass die Berufsfreiheit im Einzelfall als Maßstab ausscheidet, wenn ein Unternehmen aus einem Drittstaat in Deutschland die gewerbliche Vermittlung von Glücksspiel betreiben

148 Die minimalen Änderungen der Rennwett- und Lotteriegengesetzes durch Art. 1 des Gesetzes zur Besteuerung von Sportwetten vom 29.06.2012, BGBl. I 2012, 1424, können nicht als hinreichende Abstimmung angesehen werden.

149 Vgl. statt vieler beispielsweise *Voßkuhle*, Glücksspiel zwischen Staat und Markt, *VerwArch* 1996, S. 395, 407 ff.

150 BVerfGE 129, 78, Ls. 1.

will, soll hier nicht zuletzt deshalb außer Acht gelassen werden, weil diese Konstellation bei der Lotterievermittlung praktisch ohne Bedeutung ist.

Der Schutz des Art. 12 GG umfasst die Berufswahl ebenso wie die Freiheit der Berufsausübung. Sie umfasst alle Modalitäten, die mit der Berufstätigkeit, ihrem Ort, ihren Inhalten, ihrem Umfang, ihrer Dauer, ihrer äußeren Erscheinungsform, ihren Verfahrensweisen und ihren Instrumenten zusammenhängen.¹⁵¹

2. Eingriff

Das Freiheitsrecht aus Art. 12 GG vermittelt einen umfassenden Schutz vor Beeinträchtigungen und Beschränkungen.¹⁵² Als rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in Art. 12 GG gilt jedes staatliche Handeln, dass dem Einzelnen ein von Art. 12 GG gefasstes Verhalten ganz oder teilweise unmöglich macht.¹⁵³

Erlaubnisvorbehalte sind ein Beispiel für einen typischen Eingriff in Art. 12 GG. Dementsprechend liegt in jedem der zahlreichen Erlaubnisvorbehalte des GlüStV n.F. ein Eingriff in die Berufsfreiheit vor. Als adressatenbezogene Bestimmung kommt es insoweit auf eine zusätzliche berufsregelnde Tendenz nicht an.¹⁵⁴

Doch nicht nur im hier interessierenden Erlaubnisvorbehalt des § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV n.F. selbst, sondern auch in der räumlichen Begrenzung einer erteilten Erlaubnis nach § 9 Abs. 4 S. 1 GlüStV n.F. sowie in der Ausgestaltung des gebündelten Verfahrens nach § 19 Abs. 2 GlüStV n.F. liegt ein Eingriff. Denn diese räumliche Beschränkung löst für jedes Bundesland, in dem eine gewerbliche Spielvermittlung erstrebt wird, einen weiteren Erlaubnisvorbehalt aus und wiederholt und intensiviert insoweit den Eingriff des Erlaubnisvorbehalts.

3. Rechtfertigung

Der GlüStV n.F. ist nach seiner Ratifikation durch die Landesparlamente eine Bestimmung, die dem Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG genügt. Fraglich ist allein, ob der Vorbehalt einer Basis-

151 Vgl. zur Berufswahl bspw. BVerfGE 58, 358, 364; 68, 256, 267; zur Berufsausübung s. bspw. BVerfGE 50, 290, 363; 106, 181, 192; 106, 275, 299.

152 Vgl. Scholz, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 65. EL 2012, Art. 12 Rn. 300.

153 Statt vieler *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 27. Aufl. 2011, Rn. 253.

154 Zur Irrelevanz dieser Voraussetzung *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, Art. 12 Rn. 55.

Erlaubnis in § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV n.F., die räumliche Begrenzung nach § 9 Abs. 4 S. 1 GlüStV n.F. i.V.m. der Ausgestaltung des gebündelten Verfahrens nach § 19 Abs. 2 GlüStV n.F. die verfassungsrechtlichen Grenzen beachtet, die auch dem die Berufsfreiheit regelnden Gesetzgeber auferlegt sind. Denn der grundsätzlich weite Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum, über den der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung insbesondere im Bereich der Berufsausübungsregelungen verfügt, wird eingeschränkt durch die übergeordneten rechtsstaatlichen Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und der Bestimmtheit.

a) Unbestimmtheit des allgemeinen Erlaubnisvorbehalts

Was die Ausgestaltung des allgemeinen Erlaubnisvorbehalts in § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV n.F. betrifft, so kann zunächst an die Ausführungen zur Vereinbarkeit dieser Bestimmung mit der Dienstleistungsfreiheit verwiesen werden. Denn die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit einer Eingriffsnorm unterscheiden sich insoweit nicht von den europarechtlichen Anforderungen. Die Ausgestaltung als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt, bei dem die Voraussetzungen für eine Befreiung nur negativ bestimmt sind, im Übrigen aber ohne weitere Leitlinien dem Ermessen der Behörde überlassen ist, die diese maßgebliche Vorgaben zugleich noch mit – auch nachträglich angeordneten – Nebenbestimmungen versehen kann, ist mit rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanforderungen weder aus der Perspektive des gewaltenunterworfenen Grundrechtsberechtigten noch aus dem staatsorganisatorischen Blickwinkel der Gewaltenteilung vereinbar.¹⁵⁵

b) Unverhältnismäßigkeit

Auch was die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs betrifft, kann zum Teil auf die Ausführungen zur (Un-)Verhältnismäßigkeit der Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit verwiesen werden.¹⁵⁶ Weil die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Dienstleistungsfreiheit allerdings stark von dem Postulat der Kohärenz geprägt ist, soll die spezifisch verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung in klassischer Weise vorgenommen werden. Denn das Bundesverfassungsgericht fordert anders als der EuGH nur ein „Mindestmaß an Konsistenz“, nicht hingegen eine „Kohärenz und Systematik des gesamten Glücksspielsektors einschließlich des gewerberechtlich zugelassenen Automatenspiels“.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Siehe oben S. 28.

¹⁵⁶ Siehe oben S. 31.

¹⁵⁷ BVerfG, B. v. 20.03.2009, Rn. 17, 24; unter Verweis auf BVerfGE 115, 276.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt wie bei jedem anderen Grundrecht grundsätzlich eine Abwägung der widerstreitenden Interessen des Einzelnen auf der einen Seite und der Allgemeinheit auf der anderen Seite.¹⁵⁸ Deshalb ist zunächst zu prüfen, ob der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG einem legitimen Zweck dient und zur Erreichung dieses Zwecks geeignet ist. Eine Besonderheit besteht allerdings bei der Prüfung der Erforderlichkeit und der Angemessenheit. Für diese beiden Teile hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil über das Bayerische Apothekengesetz die sog. Drei-Stufen-Theorie entwickelt¹⁵⁹ und differenziert seitdem in Abhängigkeit von der Eingriffsintensität zwischen staatlichen Maßnahmen zur Berufsausübung sowie subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzung für die Berufswahl. Auf den Teilgrundsatz der Erforderlichkeit wirkt sich die Drei-Stufen-Theorie in der Weise aus, dass sie den Gesetzgeber verpflichtet, von mehreren zur Wahl stehenden Mitteln das Mittel zu verwenden, das auf der niedrigsten Stufe angesiedelt ist. Auch der Teilgrundsatz der Angemessenheit, der eine Überprüfung der Zweck-Mittel-Relation fordert, wird ebenfalls durch die Drei-Stufen-Theorie beeinflusst, denn mit den typisierten Eingriffsstufen korrespondieren entsprechend typisierte Rechtmäßigkeitsanforderungen. Dabei gilt: Je intensiver die Maßnahme in das Grundrecht eingreift, desto gewichtiger müssen die Gründe sein. Infolgedessen steigen von Stufe zu Stufe die Rechtmäßigkeitsanforderungen, was den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers entsprechend verringert.

Die Zuordnung der Eingriffe des GlüStV n.F. zu den Stufen fällt nicht ganz leicht, ist aber auch nicht von zentraler Bedeutung.

Sie fällt deshalb nicht leicht, weil die gesetzlichen Vorschriften – in Folge ihrer verfassungswidrigen Unbestimmtheit – den zuständigen Behörden so viel Gestaltungsspielraum überlassen, dass nicht exakt festgestellt werden kann, ob die besondere Schwere eines Eingriffs schon auf der gesetzlichen Grundlage beruht oder erst Folge ihrer Anwendung durch die Behörden ist. Allerdings müssen Bestimmtheitsgebot und Verhältnismäßigkeitsprinzip insoweit zusammen betrachtet werden: Wenn unbestimmte Regeln schwere Eingriffe in die Berufsfreiheit erst ermöglichen, dann liegt die Verantwortung hierfür beim Gesetzgeber. Dies gilt mehr noch als bei „normalen“ Gesetzen ganz generell für die Ratifizierung von Staatsverträgen sowie besonders in Bezug auf den GlüStV n.F.

158 BVerfGE 13, 97 (105).

159 BVerfGE 7, 377 (377 ff.); vgl. zum Ganzen auch J. Ipsen, JuS 1990, 634 ff.

Denn generell ist die Rolle der Parlamente bei Staatsverträgen auf eine Ratifikationsfunktion zurückgenommen. Die Exekutive hat mehr noch als bei „normalen“ Gesetzesentwürfen im Blick, wie die von ihr verfassten Gesetze in der Praxis angewendet werden. Dementsprechend kann der Vertragstext umso unbestimmter ausfallen, je mehr die ihn aushandelnde Exekutive im Vorhinein weiß, wie er später ausgeführt wird. Für den Glücksspielstaatsvertrag gilt dies umso mehr, als letztlich nur eine einzige Behörde über die Erteilung der Erlaubnisse entscheidet und somit noch nicht einmal im innerexekutiven Wettbewerb eine Sicherung der verhältnismäßigen Anwendung erfolgt. Insofern fallen etwaige unverhältnismäßige Anwendungen des GlüStV n.F. direkt in die Verantwortung des Gesetzgebers.

Vor diesem Hintergrund mag man die Erlaubnisvorbehalte des GlüStV n.F. ebenso wie auch die räumliche Beschränkung der Erlaubnis schon als Eingriff in die Berufswahlfreiheit begreifen. Denn wenn für die gewerbliche Spielvermittlung allein ein bundesweiter Markt wirtschaftlich lohnend erscheint, dann impliziert jede räumliche Beschränkung dieser Erlaubnis die Möglichkeit, dass die Tätigkeit als gewerblicher Spielvermittler überhaupt nicht ausgeübt wird.

Die exakte Bestimmung der Eingriffsstufe ist aber aus zwei Gründen nicht von besonderer Bedeutung. Zum einen ist die Drei-Stufen-Theorie des Bundesverfassungsgerichts ohnehin nur eine Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips, die sich insofern auch durch eine allgemeine je-desto-Formel ersetzen lässt: Je intensiver der Eingriff in die Berufsfreiheit, desto höher sind die Anforderungen an die Rechtfertigung für diesen Eingriff.¹⁶⁰ Zum anderen hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des deutschen Sportwettenmonopols vom 28. März 2006 die Drei-Stufen-Theorie selbst nicht in der üblichen Weise angewendet.¹⁶¹ Dies mag bedauert werden, denn es verstellt ein wenig den Blick dafür, dass sich staatliche Monopole als objektive Berufswahlbeschränkungen auswirken und deshalb an sich nur zur Abwehr „nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeingut“ gerechtfertigt werden können.¹⁶² Doch zugleich hat das Bundesverfassungsgericht verschiedene Gemeinwohlbelange benannt, die Eingriffe

160 Statt vieler *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, Art. 12 Rn. 101.

161 Vgl. *Diesbach/Ahlhaus*, ZUM 2011, S. 129, 131.

162 Grundlegend BVerfGE 7, 377, Ls. 6 c.

in die Berufsfreiheit prinzipiell zu rechtfertigen vermögen. Im Zusammenhang mit weiteren Zielbestimmungen, die zur Rechtfertigung von Eingriffen umgekehrt nicht in Betracht kommen, lässt sich die Verhältnismäßigkeit der maßgeblichen Bestimmungen des GlüStV n.F. verlässlich beurteilen.

aa) Ziellegitimität

Zu den Zielen, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als „besonders wichtige Gemeinwohlziele“ zu qualifizieren sind und deshalb sogar objektive Berufswahlschranken zu rechtfertigen vermögen, zählt die Begrenzung und Ordnung des Wettwesens, die Bekämpfung der Wett- und Spielsucht.¹⁶³ Die weiteren legitimen Ziele gewichtet das Bundesverfassungsgericht hingegen nicht im Sinne der Drei-Stufen-Lehre, wenn es formuliert: „Weitere legitime Ziele sind der Schutz der Spieler vor betrügerischen Machenschaften seitens der Wettanbieter und ein darüber hinaus gehender Verbraucherschutz, insbesondere vor der hier besonders nahe liegenden Gefahr irreführender Werbung.“¹⁶⁴

Hingegen kann die Verwendung der Einnahmen für gemeinnützige Zwecke nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden. Denn Verwaltungsmonopole werden nicht durch einen Fiskalzweck, sondern durch einen Sachzweck gerechtfertigt.¹⁶⁵ Fiskalische Interessen bieten hingegen keine verfassungsrechtliche Legitimationsgrundlage.¹⁶⁶ Ebenso wenig ist der Schutz vor Konkurrenz¹⁶⁷ oder gar das Vermeiden von Wettbewerb ein legitimes Ziel im Rahmen der Berufsfreiheit.¹⁶⁸ Das Verhalten im Wettbewerb gehört zur Berufsausübung und zum Schutzbereich der Berufsfreiheit, so dass umgekehrt die Freiheit von Wettbewerb nicht von Art. 12 Abs. 1 GG geschützt werden kann. Im Gemeininteresse liegt Wettbewerb und gerade nicht seine Verhinderung.¹⁶⁹

Vor diesem Hintergrund sind die von § 1 GlüStV n.F. benannten Ziele sämtlich legitim, um Eingriffe in die Berufsfreiheit zu rechtfertigen.

163 BVerfGE 115, 276, 304.

164 BVerfGE 55, 261, 269; 115, 276, 306.

165 Deutlich *Jahndorf*, Veranstaltung von Glücksspielen durch Private, *VerwArch* 2004, S. 359, 371.

166 Vgl. *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 12 Rn. 113, 411.

167 Vgl. BVerfGE 82, 18, 28; 97, 12, 31, 126, 112, 143.

168 Vgl. BVerfGE 24, 236, 251; 34, 252; 256.

169 So deutlich *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 12 Rn. 72 unter Verweis auf BVerfGE 7, 377, 408; 11, 168, 188 f.; 93, 362, 370.

Nach § 1 GlüStV n.F. zielt der novellierte Staatsvertrag gleichrangig auf die fünf Ziele,

1. *das Entstehen von Glücksspielsucht und Wertsucht zu verhindern und die Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung zu schaffen,*
2. *durch ein begrenztes, eine geeignete Alternative zum nicht erlaubten Glücksspiel darstellendes Glücksspielangebot den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken sowie der Entwicklung und Ausbreitung von unerlaubten Glücksspielen in Schwarzmärkten entgegenzuwirken,*
3. *den Jugend- und den Spielerschutz zu gewährleisten,*
4. *sicherzustellen, dass Glücksspiele ordnungsgemäß durchgeführt, die Spieler vor betrügerischen Machenschaften geschützt, die mit Glücksspielen verbundene Folge- und Begleikriminalität abgewehrt werden und*
5. *Gefahren für die Integrität des sportlichen Wettbewerbs beim Veranstalten und Vermitteln von Sportwetten vorzubeugen.*

Gegenüber dem alten Glücksspielstaatsvertrag unterscheiden sich diese neue Zielsetzungen nur dadurch, dass nun zusätzlich die Bekämpfung des Schwarzmarktes (§ 1 Nr. 2 a.E. GlüStV n.F.) sowie der Schutz der Integrität des Sports (§ 1 Nr. 5 GlüStV n.F.) aufgenommen wurden.¹⁷⁰ Dieses letzte Ziel ist für die rechtliche Beurteilung der Regionalisierung der Lotterien irrelevant, so dass sich der Unterschied zur alten Regelung auf die Bekämpfung des Schwarzmarktes beschränkt. Im Übrigen hat sich an den Zielsetzungen aber nichts verändert, so dass die Rechtsprechung zum alten Glücksspielstaatsvertrag grundsätzlich für die rechtliche Beurteilung des neuen Regelungsregimes herangezogen werden kann.

bb) Eignung

Mögen sämtliche dieser Ziele auch legitim erscheinen, sind sie doch zum Teil gleichwohl nicht gewichtig genug, um Eingriffe in die Berufsfreiheit zu rechtfertigen, die mit den Instrumenten zu ihrer Durchsetzung einhergehen. Wie schon bei der Prüfung des GlüStV n.F. am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit, so kann auch bei der verfassungsrechtlichen Prüfung der Berufsfreiheit nicht erkannt werden, inwieweit die

¹⁷⁰ So auch der Befund von *Hecker*, WRP 2012, S. 523, 526.

räumliche Beschränkung der Erlaubnis nach § 9 Abs. 4 S. 1 GlüStV n.F. den von § 1 GlüStV n.F. benannten Zielen zu dienen bestimmt ist.

Dies gilt namentlich für das Ziel der Suchtbekämpfung. Denn Studien ergeben, dass das Suchtpotenzial von Lotterien als äußerst gering einzustufen ist.¹⁷¹ Insofern mag schon dem grundsätzlichen Erlaubnisvorbehalt und muss in jedem Fall der räumlichen Beschränkung einer Erlaubnis die Eignung abgesprochen werden, das Ziel der Suchtbekämpfung auch nur im Ansatz zu fördern. Selbst bei weitestem Verständnis der Eignung, nach dem die Möglichkeit der Zweckerreichung bereits ausreichend wäre,¹⁷² ist ein Zusammenhang mit der räumlichen Beschränkung der Erlaubnis und der Verhinderung des Suchtpotenzials nicht erkennbar. Denn ganz offensichtlich geht der GlüStV n.F. von der Möglichkeit aus, dass Erlaubnisse länderübergreifend beantragt und im gebündelten Verfahren auch bewilligt werden. Insofern führt die räumliche Begrenzung der Erlaubnis nicht zu einem reduzierten Angebot der gewerblichen Spielvermittlung.

Mit Blick auf einige der anderen Ziele ist eine bloße Möglichkeit der Zweckerreichung allerdings erkennbar. Insbesondere die ordnungsgemäße und sichere Abwicklung der Glücksspiele wird sich durch eine räumliche Begrenzung wohl verwirklichen (wenn auch nicht zwangsläufig verbessern) lassen.

cc) Erforderlichkeit

Selbst wenn man die Eignung der räumlichen Beschränkung der Erlaubnis zur Förderung jedenfalls einiger der von § 1 GlüStV n.F. genannten Zielsetzungen unterstellen wollte, fehlt es doch an einer Erforderlichkeit. Zwar kann die Erforderlichkeit wegen der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers nach dem deutlichen Diktum des Bundesverfassungsgerichts nur verneint werden,

„wenn nach den dem Gesetzgeber bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen feststellbar ist, dass Beschränkungen, die als Alternativen in Betracht kommen, die gleiche Wirksamkeit versprechen, die Betroffenen indessen weniger belasten (vgl. BVerfGE 25, 1, 12 u. 19 f.; 40, 196, 223; 77, 84, 106).“¹⁷³

171 So die Einschätzung von *Diesbach/Ahlhaus*, ZUM 2011, S. 129, 131 unter Verweis auf *Becker*, Glücksspielsucht in Deutschland: Prävalenz bei verschiedenen Glücksspielformen, 2009.

172 BVerfGE 115, 276, 308; 126, 112, 144.

173 BVerfGE 115, 276, 309.

Doch mit einer bundesweit geltenden, möglicherweise in einem einheitlichen Verfahren erteilten Erlaubnis ist ein Mittel erkennbar, das die Berufsfreiheit der gewerblichen Spielvermittler deutlich weniger beschneidet und die Ziele des § 1 GlüStV n.F. doch ebenso gut verwirklicht wie mehrere in einem gebündelten Verfahren erteilte Erlaubnisse für die einzelnen Länder.

(1) Bundesweite Erlaubnis als milderes Mittel

Eine bundesweit geltende Erlaubnis trägt dem Umstand Rechnung, dass der relevante Markt für die gewerbliche Spielvermittlung das gesamte Bundesgebiet ist. Eine solche Erlaubnis würde – einmal erteilt – die gewerblichen Spielvermittler berechtigen und befähigen, ihre Dienste in allen Bundesländern und also allen Landes-Lotteriegesellschaften anzubieten. Sie partizipierten unter ein und denselben Bedingungen an einem bereits quantitativ sehr viel größeren Markt und müssten sich nicht auf unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen einstellen.

(2) Bundesweite Erlaubnis als zulässiges und gebotenes Mittel

Eine bundesweit geltende Erlaubnis ist auch ein zulässiges Mittel. Grundsätzlich entspricht der räumliche Geltungsbereich eines Verwaltungsakts zwar dem Geltungsbereich der ihm zu Grunde liegenden Rechtsnorm.¹⁷⁴ Bezogen auf das jeweilige Ausführungsgesetz des Landes scheint der Geltungsbereich einer auf der Grundlage von Landesrecht erlassenen Vorschrift tatsächlich nur das Land zu sein. Doch zwei Besonderheiten sind in Bezug auf den Glücksspieländerungsvertrag zu berücksichtigen:

Erstens muss der Zusammenhang mit den strafrechtlichen Bestimmungen bedacht werden. Bei verwaltungsrechtsakzessorischen Straftatbeständen, wie sie die §§ 284 ff. StGB darstellen, bestimmt sich jedenfalls die strafrechtliche Beurteilung nicht zwangsläufig nach dem Geltungsbereich einer landesrechtlichen Veranstaltererlaubnis im verwaltungsrechtlichen Sinne. Zwar gehen viele Verwaltungsgerichte davon aus, dass die strafrechtliche Wirkung des § 284 StGB wegen dessen Verwaltungsakzessorietät vom verwaltungsrechtlichen Geltungsbereich der jeweiligen Genehmigung abhängt.¹⁷⁵ Indes sieht sich diese Rechtsprechung in

174 Vgl. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 48 Rn. 47.

175 Vgl. beispielsweise BVerwGE 126, 149, 158; OVG Münster, GewArch 2003, S. 162 ff. sowie zahlreiche weitere Nachweise in Fn. 230 bei Fischer, Das Recht der Glücksspiele im Spannungsfeld zwischen staatlicher Gefahrenabwehr und privatwirtschaftlicher Betätigungsfreiheit, 2009, S. 139.

weiten Teilen der Literatur großer Kritik ausgesetzt, die zum Teil auch bereits die verwaltungsgerichtliche Judikatur beeinflusst hat. Immerhin hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass bundesgesetzliche Straftatbestände auch einer bundeseinheitlichen Auslegung und Anwendung bedürfen.¹⁷⁶ Eine nach Landesrecht erteilte Erlaubnis befreie deshalb bundesweit von der Strafbarkeit.¹⁷⁷ Diese Auslegung wird gestützt durch einen Vergleich mit dem Umweltstrafrecht. Auch die umweltstrafrechtlichen Tatbestände sind durch eine Verwaltungsrechtsakzessorietät charakterisiert, die wegen der Kompetenzverteilung im Bereich der Ausführung von Gesetzen zwischen Bund und Ländern nach Art. 83 ff. GG dazu führt, dass jeweils nur eine Landesbehörde über die Genehmigung und mit ihr über die Strafbefreiung entscheidet. Hier wird nicht ernsthaft darüber diskutiert, ob der Betreiber einer Anlage, die in einem Bundesland genehmigt wurde, sich in einem anderen Bundesland strafbar macht.

Darüber hinaus weist namentlich *Fischer* zu Recht darauf hin, dass auch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu § 143 Abs. 1 StGB dafür spricht, dass eine strafbefreiende Wirkung im gesamten Bundesgebiet durch eine landesrechtliche Erlaubnis bewirkt wird.¹⁷⁸ Die vom Bundesverfassungsgericht verlangte bundeseinheitliche Anwendung von verwaltungsakzessorischen Strafvorschriften des Bundesrechts gelingt nämlich nur, wenn eine einmal erteilte Glücksspielerlaubnis eine bundesweit strausschließende Wirkung entfaltet, und zwar unabhängig davon, ob eine Bundesbehörde oder eine Landesbehörde für die Erlaubniserteilung zuständig ist.¹⁷⁹

Diese Erwägung wird weiterhin durch eine entstehungsgeschichtliche Betrachtung bestätigt, denn zum bereits damals eingeführten Straftatbestand der unerlaubten Veranstaltung einer Lotterie wurde festgehalten, dass die Lotterie, die in einem Bundesstaat genehmigt ist, im ganzen

176 So etwa VGH München, GewArch 2005, S. 78, 79 f.

177 So etwa *Horn*, NJW 2004, S. 2047, 2051 f.; *Horn/Fischer*, GewArch 2005, S. 217 f.; *Fischer*, Das Recht der Glücksspiele im Spannungsfeld zwischen staatlicher Gefahrenabwehr und privatwirtschaftlicher Betätigungsfreiheit, 2009, S. 140 f. mit zahlreichen weiteren Nachweisen in Fn. 235.

178 Vgl. BVerfGE 110, 141, 174 ff.

179 *Fischer*, Das Recht der Glücksspiele im Spannungsfeld zwischen staatlicher Gefahrenabwehr und privatwirtschaftlicher Betätigungsfreiheit, 2009, S. 143.

Deutschen Reich als genehmigte Lotterie gelte.¹⁸⁰ Im Ergebnis steht deshalb der bundeseinheitliche Geltungsanspruch des Strafgesetzbuchs der räumlichen Beschränkung der strafrechtlichen Erlaubniswirkung landesbehördlicher Glücksspielzulassung entgegen.¹⁸¹ Insgesamt entfalten Erlaubnisse zur Veranstaltung von Glücksspielen, die in einem Bundesland erteilt wurden, in strafrechtlicher Hinsicht eine bundesweite Legalisierungswirkung. Wird schon eine strafrechtliche Legalisierung der genehmigten Tätigkeit bewirkt, so lässt sich auch verwaltungsrechtlich eine landesübergreifende verwaltungsrechtliche Genehmigung begründen.

Neben dem Zusammenhang mit verwaltungsakzessorischen Strafvorschriften ist zweitens aber vor allem zu berücksichtigen, dass die räumliche Beschränkung der Erlaubnis im Gegensatz zu ihrer länderübergreifenden rechtlichen Fundierung steht. Die Form des Staatsvertrags als Mittel der Koordination der landesrechtlichen Bestimmungen steht insoweit schon strukturell im Widerspruch zur räumlichen Beschränkung seines wesentlichen Inhalts. Der Sache nach begründet ein omnilateraler Staatsvertrag eine bundesweite Regelung. Wenn die Länder aber ihre Befugnisse auf diese Art und Weise miteinander verschmelzen, dann kann und darf sich dies auch in der Reichweite der behördlichen Genehmigungen niederschlagen. Die Zulässigkeit der länderübergreifenden Wirkungen eines Verwaltungsakts zeigt sich insbesondere in der Vorschrift des § 9a Abs. 1 GlüStV n.F., der zahlreiche Fälle betrifft, in denen eine länderübergreifende Erlaubnis erteilt wird.

(3) Bundesweite Erlaubnis als gleich geeignetes Mittel

Schließlich sei betont, dass die in § 1 GlüStV n.F. genannten Ziele mittels einer länderübergreifenden Erlaubnis ebenso gut erreicht werden können wie mit der Summe von bis zu 16 einzelnen Genehmigungen. Keines der Ziele wird durch eine solche bundesweite Genehmigung von gewerblicher Spielvermittlung in Frage gestellt. Insofern ist im Ergebnis festzuhalten, dass die räumliche Beschränkung der Erlaubnis nach § 9

180 Rönneberg, Beschränkungen der Lotterierlaubnis, JW 1911, S. 436, 437; zitiert nach Fischer, Das Recht der Glücksspiele im Spannungsfeld zwischen staatlicher Gefahrenabwehr und privatwirtschaftlicher Betätigungsfreiheit, 2009, S. 143.

181 So deutlich Fischer, Das Recht der Glücksspiele im Spannungsfeld zwischen staatlicher Gefahrenabwehr und privatwirtschaftlicher Betätigungsfreiheit, 2009, S. 147, der dieses Ergebnis mit derselben Argumentation ausdrücklich erstreckt auf die Frage der Strafbarkeit einer bundesweiten Vermittlung erlaubter Glücksspiele.

Abs. 4 S. 1 GlüStV n.F. jedenfalls nicht erforderlich ist, um die in § 1 GlüStV n.F. gesetzten Ziele zu erreichen.

dd) Angemessenheit

Sofern man die Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers im Rahmen der Erforderlichkeit noch für sachlich und rechtlich geboten erachtete, wäre anschließend die Angemessenheit der Regelungen zu überprüfen. In dieser eigentlichen Abwägung zwischen den vom Gesetzgeber benannten Zielen und der belastenden Wirkung für die gewerblichen Glücksspielvermittler wäre dann zusätzlich zu den bislang vorgetragenen Argumenten noch die Unsicherheit in Bezug auf die legalisierende Wirkung einer Erlaubnis zu berücksichtigen. Denn dass bei fehlender Erlaubnis nicht nur verwaltungsrechtliche, sondern auch strafrechtliche Konsequenzen drohen, lässt den Eingriff als besonders schwer qualifizieren. Zwar kommt auch einer nur landesweit erteilten Erlaubnis nach der hier vertretenen Rechtsauffassung bundesweit eine strafbefreiende Wirkung zu, doch unumstritten ist dies – wie ausgeführt – nicht. Insofern würde eine länderübergreifende, bundesweit geltende Erlaubnis jeden Zweifel am Umfang der Legalisierungswirkung des Verwaltungsakts nehmen.

Schließlich wären im Rahmen der Angemessenheit auch die Verstöße gegen das europarechtliche Wettbewerbsrecht sowie gegen die Dienstleistungsfreiheit zu thematisieren. Im Ergebnis zeigt sich deutlich, dass eine räumliche Beschränkung der Erlaubnis für die gewerbliche Spielvermittlung in keinem angemessenen Verhältnis zur Verwirklichung der Ziele steht, denen zu dienen sie bestimmt sein soll. Sie ist deshalb unverhältnismäßig und verfassungswidrig.



Ausgestaltung des Erlaubnisvorbehalts für die gewerbliche Lottovermittlung

Prof. Dr. Hans D. Jarass, LL.M. (Harv.))*

Übersicht

- A. Ausgangslage und Problemstellung
 - 1. Gegenstand der Untersuchung
 - a) Lotterien und Rechtsgrundlagen
 - b) Lotterieveranstaltungsmonopol und intensive Regulierung der Vermittlung
 - 2. Problemstellung und Untersuchungsgang
 - a) Problemstellung
 - b) Untersuchungsgang
- B. Einfachgesetzliche und wettbewerbsrechtliche Vorgaben
 - I. Veranstaltung von Lotterien
 - 1. Veranstaltungsmonopole der Länder und Landes-einrichtungen
 - 2. Einheitliches Angebot und Einnahmenverteilung der Landes-Lottogesellschaften
 - a) Länderübergreifendes einheitliches Lotterieangebot
 - b) Regionalisierung der Einnahmen
 - 3. Vorgaben des Wettbewerbsrechts
 - a) Bedeutung für Landes-Lottogesellschaften sowie Deutschen Lotto- und Totoblock
 - b) Glücksspielgesetzgeber und wettbewerbsrechtliche Vorgaben
 - c) Zur Zulässigkeit von Erlaubnisvorbehalten

*) Direktor des ZIR Forschungsinstituts für deutsches und europäisches Öffentliches Recht an der Universität Münster. Die Untersuchung wurde im September 2012 abgeschlossen.

II. Vermittlung (Vertrieb) von Lotterien

1. Erlaubnispflicht, Ermessen, Erlaubnisvoraussetzungen
 - a) Erlaubnispflicht und Ermessen
 - b) Erlaubnisvoraussetzungen
2. Befristung, Inhaltsbeschränkungen, weitere Nebenbestimmungen
 - a) Befristung
 - b) Beschränkung des Erlaubnisgegenstandes
 - c) Landesbeschränkung und Festlegung auf eine Landes-Lottogesellschaft
 - d) Bedingungen, Auflagen, Widerruf
3. Ausnahmegenehmigungen für Internet und Werbung
 - a) Ausnahmegenehmigung für Vermittlung (Vertrieb) im Internet
 - b) Ausnahmegenehmigung für bestimmte Werbung
4. Zuständigkeitskonzentration
 - a) Ländereinheitliches Verfahren
 - b) Bündelung der Grunderlaubnisse für gewerbliche Spielvermittler und Rechtslage bei Interneterlaubnis
 - c) Aufsicht
 - d) Glücksspielkollegium

5. Folgen

C. Vorgaben der Berufsfreiheit

I. Grundlagen der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG

1. Schutzbereich und Eingriff
 - a) Beruf und Grundrechtsträger
 - b) Eingriff durch Beschränkung der Erlaubnis auf einen Veranstalter
2. Rechtfertigung von Eingriffen (Allgemeines)
 - a) Gesetzliche Grundlage und Regelungsstufe
 - b) Legitimes Ziel
 - c) Verhältnismäßigkeit
 - d) Additive bzw. kumulative Eingriffe

II. Rechtmäßigkeit der Festlegung auf eine Landes-Lottogesellschaft

1. Belastungswirkung
 - a) Spezielle Belastungswirkungen der Beschränkung auf eine Landes-Lottogesellschaft
 - b) Hintergrund der generellen Belastungen gewerblicher Spielvermittler im Erlaubnisbereich

2. Ordnungsrechtliche Rechtfertigung
 - a) Die ordnungsrechtliche Aufgabe des Glücksspielrechts
 - b) Ordnungsrechtliche Aufgabenerfüllung im vorliegenden Zusammenhang
 3. Wettbewerbsvermeidung und Einnahmesicherung als Rechtfertigungsgrund
 - a) Grundrechtliche Beurteilung von Wettbewerbsvermeidung und Einnahmesicherung
 - b) Einfluss des europäischen Wettbewerbsrechts
 4. Lotteriehochheit der Länder und bundesfreundliches Verhalten
- D. Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit sowie der unternehmerischen Freiheit
- I. Grundlagen der Dienstleistungsfreiheit der Art.56 ff AEUV
 1. Einschlägige Grundfreiheiten und Beschränkung
 - a) Dienstleistung und fehlende Einschlägigkeit der sonstigen Grundfreiheiten
 - b) Grenzüberschreitender Bezug
 - c) Beschränkung der Grundfreiheit durch Festlegung des Veranstalters
 2. Rechtfertigung von Beschränkungen
 - a) Grundlagen der Rechtfertigung
 - b) Verfolgte Ziele
 - c) Verhältnismäßigkeit und Kohärenz
 - II. Rechtfertigung der Festlegung auf eine Landes-Lottogesellschaft
 1. Rechtfertigungsgründe für die Festlegung auf eine Landes-Lottogesellschaft
 - a) Ordnungsrechtliche Gründe
 - b) Gründe der Wettbewerbsbeschränkung und Einnahmesicherung
 2. Weitere Anforderungen
 - a) Bestimmtheit, Verhältnismäßigkeit und Kohärenz
 - b) Einfluss des Wettbewerbsrechts
 - III. Beachtung der unternehmerischen Freiheit
 1. Bedeutung der EU-Grundrechte und deren Anwendbarkeit
 2. Der Schutz der unternehmerischen Freiheit
 - a) Die Gewährleistung der unternehmerischen Freiheit im Primärrecht
 - b) Beeinträchtigung des Grundrechts und Folgen
- E. Zusammenfassung

A. Ausgangslage und Problemstellung

1. Gegenstand der Untersuchung

a) Lotterien und Rechtsgrundlagen

Von einer Lotterie spricht man, wenn „einer Mehrzahl von Personen die Möglichkeit eröffnet wird, nach einem bestimmten Plan gegen ein bestimmtes Entgelt die Chance auf einen Geldgewinn zu erlangen“.¹ Kennzeichnend für Lotterien ist somit ein näher ausformulierter Plan für den Spielbetrieb sowie für die Bedingungen der Teilnahme; zudem muss vom Veranstalter ein bestimmter Einsatz festgelegt sein.² Lotterien können als aktive oder als passive Lotterien auftreten. Im ersten Fall wählt der Spieler bzw. Teilnehmer eine bestimmte Zahl oder Ähnliches aus, wie bei Lotto „6 aus 49“.³ Im zweiten Fall wird lediglich ein Los etc. erworben, wie bei der Klassenlotterie.⁴

Die rechtlichen Grundlagen für die Veranstaltung und Vermittlung von Lotterien finden sich im Glücksspielrecht, das weithin Landesrecht ist.⁵ Zu nennen ist zunächst der neue „Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland“ (Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV) vom 15. Dezember 2011, der von 14 Bundesländern als Art. 1 des Glücksspieländerungsstaatsvertrags ratifiziert wurde und daher ab dem 1. Juli 2012 (in diesen Ländern) als Landesrecht gilt.⁶ Ergänzend tritt in jedem der Länder ein Glücksspielgesetz als Ausführungsgesetz hinzu.⁷ Nordrhein-Westfalen hat den Staatsvertrag unterzeichnet. Die Ratifizierung hat sich aber wegen der Auflösung des Landtags verzögert, soll aber dem-

1 So § 3 Abs. 3 S. 1 GlüStV.

2 Dietlein, in: Dietlein/Hecker/Ruttig (Hg.), Glücksspielrecht, 2008, § 3 GlüStV Rn. 11; Fischer, Das Recht der Glücksspiele, 2009, 14.

3 Dazu Fischer, Das Recht der Glücksspiele, 2009, 15.

4 Vgl. Fischer, Das Recht der Glücksspiele, 2009, 16.

5 Bundesrechtlich sind v.a. die Lotteriesteuer-Regelungen in §§ 17 ff des Rennwett- und Lotteriegesetzes bedeutsam.

6 Etwa GBl BW 2012, 385.

7 Nachweise bei Postel, in: Dietlein/Hecker/Ruttig (Hg.), Glücksspielrecht, 2008, § 24 Rn. 13 ff. Insb. werden in einzelnen Ausführungsgesetzen gem. § 28 S. 2 GlüStV zusätzliche Erlaubnisanforderungen festgelegt. Auf die Details des Landesrechts kann im Folgenden nicht näher eingegangen werden. Im Mittelpunkt steht die Rechtslage nach dem Glücksspiel-Staatsvertrag.

nächst erfolgen.⁸ Im Folgenden wird daher von der Geltung des Staatsvertrags auch in Nordrhein-Westfalen ausgegangen.

In Schleswig-Holstein kommt der Glücksspiel-Staatsvertrag hingegen nicht zur Anwendung. Hier gilt das deutlich liberalere „Gesetz zur Neuordnung des Glücksspiels“ (Glücksspielgesetz – GlüG SH) vom 20. Oktober 2011.⁹ Allerdings soll nach dem Willen der gegenwärtigen Landesregierung Schleswig-Holstein dem Staatsvertrag beitreten und das Landesrecht entsprechend ändern.¹⁰

b) Lotterieveranstaltungsmonopol und intensive Regulierung der Vermittlung

aa) Für die Veranstaltung von Lotterien besteht ein weitgehendes Staatsmonopol, wie sich im Einzelnen noch zeigen wird.¹¹ Lediglich bei den Lotterien mit geringerem Gefährdungspotential können auch Privatpersonen tätig werden.¹² Die praktische Bedeutung dieses Bereichs ist aber sehr begrenzt. Der weitaus größte Teil des Umsatzes der Lotterien in Deutschland entfällt auf die Lotterien, die vom Deutschen Toto- und Lottoblock durchgeführt werden, einem Zusammenschluss der Landes-Lottogesellschaften und den ebenfalls von den Ländern getragenen Klassenlotterien.¹³ Die Lotterien des Deutschen Toto- und Lottoblocks haben 2010 Umsätze in Höhe von 6,5 Milliarden Euro erwirtschaftet und damit über 80 % der Umsätze der Lotterien in Deutschland.¹⁴

Die folgende Untersuchung wird sich auf diese Lotterien beschränken, die rechtlich von den Landes-Lottogesellschaften veranstaltet werden. Eher am Rande wird auf die Klassenlotterien eingegangen. Dagegen bleiben die sonstigen Lotterien, etwa die Fernsehlotterien und das Gewinnsparen, außen vor.

8 NRW LT-Drs. 16/17.

9 GVObI. SH 2011, 280; ausführlich dazu *Heeg/Levermann*, MMR 2012, 22 ff.

10 LT-Drs. SH 18/79.

11 Unten B I 1.

12 Näher zur Abgrenzung der Lotterien mit geringerem Gefährdungspotential unten B I 1.

13 Dazu näher unten B I 1 a bb.

14 Nach den Zahlen bei *Meyer*, in: Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen (Hg.), *Jahrbuch Sucht* 2012, 2012, 127 f liegt der Anteil bei 85,8%, wenn man das Gewinnsparen der Sparkassen und Banken ausklammert; andernfalls liegt der Anteil 2010 immer noch bei 80,7 %. Dabei dürften allerdings die Zahlen des DLTB auch die Sportwetten enthalten, die aber nur wenige Prozent von dessen Umsatz ausmachen.

bb) Anders als bei der Veranstaltung von Lotterien besteht auf der Ebene der Vermittlung von Lotterien keine Monopolsituation. Vielmehr kommen unterschiedliche Vermittlungsformen und eine Vielzahl von Vermittlern zum Einsatz. Tätig werden zum einen die Lotto-Annahmestellen und die Lotterieceinnehmer, die gem. § 3 Abs. 5 GlüStV in die Vertriebsorganisation der Lotterieveranstalter eingegliedert sind. Weiter sind die gewerblichen Spielvermittler i.S.d. § 3 Abs. 6 GlüStV an der Lottovermittlung beteiligt. Schließlich ist eine Eigenvermittlung durch die Lotterieveranstalter möglich.¹⁵

2. Problemstellung und Untersuchungsgang

a) Problemstellung

Die Vermittlung von Lotterien durch die gewerblichen Spielvermittler unterliegt einem sehr strengen Zulassungsregime und einer intensiven Aufsicht. Die einschlägigen Regelungen werden als repressives Verbot verstanden, von dem nur ausnahmsweise abgewichen werden kann. Darauf wird noch näher einzugehen sein.¹⁶ Für die gewerblichen Spielvermittler führt das zu außergewöhnlichen Belastungen, die immer wieder die Frage aufwerfen, ob die gewerbliche Vermittlung noch wirtschaftlich vernünftig betrieben werden kann, worauf die Monopolkommission erst jüngst hingewiesen hat.¹⁷ Generell zeigt sich die Tendenz, die gewerbliche Spielvermittlung möglichst weitgehend zurückzudrängen und stattdessen auf die Lotto-Annahmestellen und die Lotterieceinnehmer zu setzen, die als verlängerter Arm der Veranstalter fungieren.¹⁸ Zudem wird der Eigenvertrieb der Veranstalter über das Internet künftig erhebliche Bedeutung entfalten. Veranstalter und Vermittler stehen hier in einem direkten Wettbewerb.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wieweit insbesondere die Ausgestaltung der Erlaubnisse für gewerbliche Lottovermittler und deren Handhabung mit der Berufsfreiheit des Grundgesetzes vereinbar sind. Die gleiche Frage stellt sich im Hinblick auf die Dienstleistungs-

15 Sie wird v.a. bei der Vermittlung über das Internet bedeutsam werden; vgl. § 4 Abs. 5 GlüStV.

16 Unten B II 1 a aa.

17 Monopolkommission, 19. Hauptgutachten, 2010/11, Rn. 42.

18 In Schleswig-Holstein zielt das Glücksspielgesetz dagegen auf eine Gleichstellung von Annahmestellen, Lotterieceinnehmern, sonstigen Spielvermittlern und Eigenbetrieb; Begründung zum Entwurf des Glücksspielgesetzes, LT-Drs. 17/1100, S. 49.

freiheit des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und die unternehmerische Freiheit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh). Dabei sind die einschlägigen sonstigen Vorgaben des Bundesrechts wie des Unionsrechts mit einzubeziehen. Bedeutung hat insoweit, wie sich noch zeigen wird, vor allem das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen.¹⁹

b) Untersuchungsgang

Bevor im Folgenden die Anforderungen des Grundgesetzes, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und der Grundrechte-Charta behandelt werden, ist zunächst der einfachgesetzlichen Rechtslage näher nachzugehen, auch deshalb, weil sie durch die Änderung des Glücksspiel-Staatsvertrags erheblich umgestaltet wurde. Dazu wird zunächst die Veranstaltung von Lotterien thematisiert (unten B I), bevor dann ausführlich die Vorgaben für die Vermittlung von Lotterien untersucht werden (unten B II). Dabei wird auch auf die bedeutsamen Vorgaben des EU-Wettbewerbsrechts eingegangen. Auf dieser Grundlage können dann die Anforderungen der Berufsfreiheit erörtert werden, zunächst in allgemeiner Form (unten C I), bevor dann die Rechtmäßigkeit der Beschränkungen im vorliegenden Zusammenhang erörtert wird, v.a. hinsichtlich der Festlegung der Erlaubnisse auf eine bestimmte Landes-Lottogesellschaft (unten C II). Im letzten Teil der Untersuchung geht es zunächst um die Anforderungen, die sich aus der Dienstleistungsfreiheit ergeben (unten D I). Dann wird die Rechtmäßigkeit der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im vorliegenden Zusammenhang untersucht, insb. hinsichtlich der Festlegung auf eine Landes-Lottogesellschaft (unten D II). Schließlich werden noch die Anwendbarkeit und die Vorgaben der unternehmerischen Freiheit des Art. 16 GRCh angesprochen (unten D III).

B. Einfachgesetzliche und wettbewerbsrechtliche Vorgaben

I. Veranstaltung von Lotterien

1. Veranstaltungsmonopole der Länder und Landeseinrichtungen

aa) Für die Veranstaltung von Lotterien besteht ein Monopol der Länder und damit ein Staatsmonopol. Das gilt uneingeschränkt für den Re-

¹⁹ Unten B I 3.

gelfall der Lotterien, die nicht als Lotterien mit geringem Gefährdungspotential unter die Ausnahmeregelung des § 13 Abs. 2 GlüStV fallen, also die Lotterien, bei denen die Bekanntgabe der Ziehungsergebnisse öfter als zweimal wöchentlich erfolgt oder bei denen der Höchstgewinn zwei Millionen Euro überschreitet oder bei denen ein planmäßiger Jackpot angesammelt wird.²⁰ Solche Lotterien dürfen gem. § 10 Abs. 2 GlüStV allein von dem betreffenden Land selbst, von einer gemeinsam geführten öffentlichen Anstalt, von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder von privatrechtlichen Gesellschaften betrieben werden, an denen juristische Personen des öffentlichen Rechts unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt sind.²¹ Privatpersonen scheiden als Veranstalter derartiger Lotterien aus. Auch im Ausland ansässige und dort zugelassene Veranstalter von Lotterien können ihre Produkte in Deutschland nicht vertreiben, da das nur möglich wäre, wenn sie in Deutschland als Veranstalter zugelassen wären,²² wie § 4 Abs. 2 S. 2 GlüStV festhält.

Dementsprechend findet sich in jedem Bundesland eine Lottogesellschaft, deren Anteile vollständig oder überwiegend beim Land oder einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung des Landes liegen. Meist handelt es sich um eine Gesellschaft privaten Rechts, deren Gesellschafter von Land zu Land höchst unterschiedlich ausfallen.²³ Vereinzelt kommen auch öffentlich-rechtliche Organisationsformen zum Einsatz.²⁴ Diese Einrichtungen werden im Folgenden als Lottogesellschaften der Länder bezeichnet. Sie veranstalten über den Deutschen Lotto- und Totoblock bundesweit einheitliche aktive Lotterien, worauf sogleich einzugehen sein wird.²⁵

bb) Ein gewisses Sonderregime besteht für die Klassenlotterien, die den passiven Lotterien zuzuordnen sind.²⁶ Sie fallen ebenfalls nicht unter die Lotterien mit geringerem Gefährdungspotential gem. § 12 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 13 Abs. 2 GlüStV²⁷ und werden gem. § 10 Abs. 3 GlüStV

20 Näher dazu *Ruttig*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig (Hg.), Glücksspielrecht, 2008, § 13 Rn.13 ff. Die Lotterien des § 13 Abs.2 GlüStV spielen nur eine geringe Rolle.

21 In Schleswig-Holstein ergibt sich das aus § 6 Abs. 2 GlüG SH.

22 Dazu etwa OVG Sachsen-Anhalt, ZfWG 2009, 355/367.

23 Dazu unten C II 2 b.

24 So wird in Bayern unmittelbar die Landesverwaltung tätig, in Berlin eine Anstalt des öffentlichen Rechts.

25 Unten B I 2 a aa. Zum Begriff der aktiven Lotterien oben A 1 a.

26 Zum Begriff der passiven Lotterien oben A 1 a.

27 Insb. fallen die Höchstgewinne zu hoch aus.

von einer gemeinsamen Einrichtung aller Bundesländer, der Gemeinsamen Klassenlotterie, betrieben. Der historischen Entwicklung entsprechend bietet diese noch die Nordwestdeutsche Klassenlotterie und trennt davon die Süddeutsche Klassenlotterie an.

2. Einheitliches Angebot und Einnahmenverteilung der Landes-Lottogesellschaften

a) Länderübergreifendes einheitliches Lotterieangebot

aa) Die Lotteriegesellschaften der Länder haben sich im Deutschen Lotto- und Totoblock zusammengeschlossen, einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der der sog. Blockvertrag zugrunde liegt. Diese Gesellschaft führt bundesweit und einheitlich auf der Grundlage des Blockvertrags und anderer Vereinbarungen der Landes-Lotteriegesellschaften die wichtigsten Lotterien in Deutschland durch.²⁸ Nach außen treten aber die Landes-Lottogesellschaften auf. Sie sind im rechtlichen Sinn die Veranstalter, weshalb die Lotterien des Deutschen Lotto- und Totoblocks als Landes-Lotterien angesehen werden. Sie werden aber vom Deutschen Lotto- und Totoblock einheitlich für alle Länder durchgeführt.²⁹ Insbesondere sind die Teilnahmebedingungen und die Gewinnmöglichkeiten in allen Ländern die gleichen. Auch sind die Höchstgewinne der Lotterien des Deutschen Lotto- und Totoblocks nur wegen der Zusammenfassung in einem gemeinsamen Lotterieunternehmen möglich.

bb) Weiter veranstalten die Landes-Lotteriegesellschaften seit März 2012 zusammen mit den Lotteriegesellschaften verschiedener anderer europäischer Länder die neue Zahlenlotterie „Eurojackpot“. Durch die Zusammenarbeit über die deutschen Landesgrenzen hinaus kann der Höchstgewinn noch höher ausfallen und beträgt mindestens 10 Mio. Euro.

b) Regionalisierung der Einnahmen

Die Einnahmen aus Spieleinsätzen für die Lotterien des Deutschen Lotto- und Totoblocks fließen nach gewissen Abzügen den Veranstaltern, also den Landes-Lottogesellschaften zu. Insoweit kommt es zu einer strengen Regionalisierung: Die aus Vermittlungen in einem Lande

28 Dazu *Diegmann/Hoffmann/Ohlmann*, Praxishandbuch für das gesamte Spielrecht, 2008, Rn. 29.

29 *Diegmann/Hoffmann/Ohlmann*, Praxishandbuch für das gesamte Spielrecht, 2008, Rn. 29.

erzielten Einnahmen sollen allein der Landes-Lottogesellschaft dieses Landes zugutekommen. Dazu wurde ursprünglich der „Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen“ (Regionalisierungsstaatsvertrag) vom 19. Dezember 2003 geschlossen.³⁰ Dort war vorgesehen, dass Einnahmen aus Vermittlungen in einem Land, die der Landes-Lottogesellschaft eines anderen Landes zugeleitet werden, nach Abzug der Kosten an die Lottogesellschaft des Vermittlungslandes weiterzuleiten sind. Diese Verpflichtung hat der Bundesgerichtshof als Verstoß gegen Art. 81 EGV (heute Art. 101 AEUV) eingestuft und die Durchführung der Verpflichtung für unzulässig erklärt.³¹

In der Folge haben die Länder 2008 durch ausdrückliche oder implizite Regelungen in den Ausführungsgesetzen zum Glücksspiel-Staatsvertrag sowie durch eine entsprechende Ausgestaltung der Erlaubnisse dafür gesorgt, dass die Vermittler die Einnahmen aus einem Land allein der betreffenden Landes-Lottogesellschaft zuleiten.³² Darauf wird noch näher einzugehen sein.³³ Ergänzend dazu werden die Vermittlungserlaubnisse allein für Vermittlungen in dem jeweiligen Land erteilt.³⁴ Eine Weiterleitung von Einnahmen von einer Landes-Lottogesellschaft zu einer anderen war damit nicht mehr erforderlich, weshalb der Regionalisierungsstaatsvertrag aufgehoben wurde.³⁵ Die Regionalisierung zielt in der alten wie in der neuen Form darauf ab, jeden Wettbewerb zwischen den Landes-Lottogesellschaften zu vermeiden und sicherzustellen, dass es sich für keine Landesgesellschaft lohnt, Spielvermittler durch attraktive Bedingungen zu Vereinbarungen zu veranlassen und ihr damit seine Einnahmen zuzuleiten.

3. Vorgaben des Wettbewerbsrechts

a) Bedeutung für die Landes-Lottogesellschaften sowie den Deutschen Lotto- und Totoblock

Wichtige Vorgaben für die Tätigkeiten der Landes-Lottogesellschaften wie des Deutschen Lotto- und Totoblocks ergeben sich, wie insbesondere

30 BayVBl 2004, S. 236.

31 Dazu unten B I 3 a.

32 Näher zur Regionalisierung der Einnahmen durch die Ausführungsgesetze Schmitt, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig* (Hg.), Glücksspielrecht, 2008, § 19 Rn. 39.

33 Unten B II 2 c bb.

34 Dazu unten B II 2 c aa.

35 Art. 2 Abs. 3 des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags.

der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu entnehmen ist, aus dem Wettbewerbsrecht, insb. aus dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen in Art. 101 AEUV (ex Art. 81 EGV).³⁶ Dieses Verbot gilt für Unternehmen, also für Einrichtungen, die Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anbieten.³⁷ Das ist bei den Landes-Lottogesellschaften gegeben, weshalb sie als Unternehmen i.S.d. Art. 101 AEUV einzustufen sind.³⁸ Mit diesem Befund ist der Deutsche Lotto- und Totoblock eine Unternehmensvereinigung i.S.d. des Art. 101 AEUV.³⁹

Das hat zur Folge, dass das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen in Art. 101 AEUV auf die Landes-Lottogesellschaften und den Deutschen Lotto- und Totoblock anzuwenden ist, mit weitreichenden Konsequenzen: So kann eine Absprache der Landes-Lottogesellschaften auch dann, wenn sie mit dem Glücksspielrecht vereinbar ist, gegen das Verbot des Art. 101 AEUV verstoßen und damit unanwendbar sein. So hat der Bundesgerichtshof bereits 1999 einen Beschluss der Gesellschafter des Deutschen Lotto- und Totoblocks, gewerblich organisierte Spielgemeinschaften auch ohne Hinzutreten weiterer Gründe vom Spielbetrieb auszuschließen, für unzulässig erklärt.⁴⁰ Weiter hat der Bundesgerichtshof 2008 die Aufforderung des Rechtsausschusses des Deutschen Lotto- und Totoblocks an alle Landes-Lottogesellschaften, Spielumsätze nicht anzunehmen, die gewerbliche Spielvermittler durch sog. terrestrische Vermittlung erzielen, als Verstoß gegen Art. 81 EGV (heute Art. 101 AEUV) eingestuft.⁴¹ Desgleichen wurde die Regelung des § 2 des Blockvertrags in Teilen für unzulässig erklärt.⁴² In der Begründung hat der Bundesgerichtshof insb. darauf hingewiesen, dass die Landes-Lottogesellschaften auch ohne die mit der Regionalisierung verbundenen Beschränkungen nicht „einseitig durchsetzbaren Provisionsforderungen der gewerblichen Spielvermittler

36 Eine entsprechende Verpflichtung ergibt sich aus § 1 GWB; vgl. BGH, ZfWG 2008, 359 Rn. 39.

37 EuGH, Rs.309/99 – Wouters, Slg.2002, I-1577 Rn.47; Rs.49/07 – MOTOE, Slg.2008, I-4863 Rn.21 f; Rs.437/09 – AG2R, 3.3.2011 Rn.41 f.

38 BGH, ZfWG 2008, 359 Rn. 25; ebenso BGH, NJW-RR 1999, 1266/1267 (zu § 1 GWB); NJW-RR 2007, 1491 Rn. 23.

39 BGH, ZfWG 2008, 359 (= WRP 2008, 1456; WM 2008, 379) Rn. 25.

40 BGH, NJW-RR 1999, 1266/1270 (zu § 1 GWB).

41 BGH, ZfWG 2008, 359 Rn. 39.

42 BGH, ZfWG 2008, 359 Rn. 90.

ausgesetzt ..., die ihre Tätigkeit im Rahmen der Kanalisierung der Glücksspielsucht gefährden könnten“.⁴³

b) Glücksspielgesetzgeber und wettbewerbsrechtliche Vorgaben

Das Verbot des Art. 101 AEUV gilt unmittelbar nur für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, nicht für staatliche Regelungen. Über Art. 4 Abs. 3 EUV hat die Vorschrift aber auch Bedeutung für die Gesetzgebung der Mitgliedstaaten.⁴⁴ Soweit es außerdem um öffentliche Unternehmen geht, dürfen die Mitgliedstaaten gem. Art. 106 Abs. 1 AEUV keine dem Verbot des Art. 101 AEUV widersprechenden Maßnahmen, insb. Rechtsvorschriften, erlassen oder beibehalten. Lediglich unter den Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV können sie davon abweichen. Notwendig ist dafür, dass das Unternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist.⁴⁵ Weiter muss die Beschränkung der Wettbewerbsregeln zwingend und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zur Erfüllung der übertragenen Aufgaben geboten sein.⁴⁶ Die Beweislast liegt insoweit bei den Mitgliedstaaten bzw. dem betreffenden Unternehmen.⁴⁷ Verstößt eine mitgliedstaatliche Regelung gegen diese Verpflichtung, muss sie unangewandt bleiben.⁴⁸

Im vorliegenden Zusammenhang ist das durchaus bedeutsam. Dass die Landes-Lottogesellschaften Unternehmen sind, wurde dargelegt.⁴⁹ Sie sind auch öffentliche Unternehmen i.S.d. Art. 106 AEUV, weil sie dem bestimmenden Einfluss des jeweiligen Landes unterliegen.⁵⁰ Konsequenter Weise hat der Bundesgerichtshof die Durchführung des Re-

43 BGH, ZfWG 2008, 359 Rn. 128.

44 Über Art. 4 Abs. 3 EUV strahlt die Vorschrift aber auch auf die Mitgliedstaaten aus.

45 Ob dies bei den Landes-Lottogesellschaften gegeben ist, hat der BGH offen gelassen; BGH, ZfWG 2008, 359 Rn. 97.

46 EuGH, Rs. 320/91 – Corbeau, Slg. 1993, I-2533 Rn. 14; Rs. 340/99 – TNT, Slg. 2001, 4109 Rn. 52, 57 f; Rs. 265/08 – Federutility, Slg. 2010, I-3377 Rn. 35; Jung, in: Calliess/Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 106 Rn. 50.

47 EuGH, Rs. 340/99 – TNT, Slg. 2001, I-4109 Rn. 59; v. Vormizeele, in: Schwarze (Hg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 106 Rn. 72.

48 EuGH, Rs. 198/01 – CIF, Slg. 2003, I-8055 Rn. 50; Eilmannsberger, in: Streinz (Hg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 101 Rn. 90.

49 Oben B I 3 a.

50 Vgl. EuGH, Rs. 158/94 – Kommission/Italien, Slg. 1997, I-5789 Rn. 40; Jung, in: Calliess/Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 106 Rn. 12; Kühling, in: Streinz (Hg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 106 Rn. 15.

gionalisierungsstaatsvertrags und damit einer gesetzlichen Regelung im Hinblick auf die Umverteilung der gewerblich vermittelten Spieleinnahmen verboten.⁵¹

c) Zur Zulässigkeit von Erlaubnisvorbehalten

Im vorliegenden Zusammenhang von besonderem Interesse sind die Ausführungen des Bundesgerichtshofs in der Entscheidung aus dem Jahre 2008 zur Zulässigkeit eines Erlaubnisvorbehalts für die gewerbliche Spielvermittlung. Insoweit hält das Gericht zunächst fest, dass ein solcher Erlaubnisvorbehalt nicht gegen Art. 81 EGV (heute Art. 101 AEUV) verstößt, „da er als solcher keine Kartellabsprache der Lottogesellschaften fördert. Zweck des Erlaubnisvorbehalts ist vielmehr, die anerkannten Gemeinwohlbelange des § 1 GlüStV ordnungsrechtlich durchzusetzen.“⁵² Dabei hat sich der Bundesgerichtshof auf die Placanica-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs berufen,⁵³ und entsprechende Entscheidungen des Bundeskartellamts und der Instanzgerichte bestätigt.

Unzulässig ist dagegen, wenn die Erlaubnis für die gewerbliche Spielvermittlung „zum Zweck einer Einnahmemaximierung der Lottogesellschaften oder mit dem Ziel der Wettbewerbsbeschränkung“ verweigert wird.⁵⁴ Insoweit müssen die Vorgaben des Glücksspielrechts im Lichte der europarechtlichen Vorschriften ausgelegt und angewandt werden.⁵⁵ Eine Verweigerung der Erlaubnis aus „fiskalischen Gründen“ ist ausgeschlossen.⁵⁶ Auch in späteren Entscheidungen hat der Bundesgerichtshof maßgeblich darauf abgestellt, dass Maßnahmen der Landes-Lottogesellschaften das Ziel der Einnahmemaximierung verfolgen.⁵⁷ Insgesamt lässt sich festhalten, dass Beschränkungen der Erlaubnis für gewerbliche Spielvermittler mit dem Ziel, die Einnahmen der Landes-Lottogesellschaften zu erhöhen oder den Wettbewerb unter den Landes-Lottogesellschaften zu beschränken, mit dem europäischen Wettbewerbsrecht nicht vereinbar sind.

51 BGH, ZfWG 2008, 359 Rn. 125, 130.

52 BGH, ZfWG 2008, 359 Rn. 67.

53 EuGH, Rs. 338/04 – Placanica, Slg. 2007, I-1891 Rn. 65.

54 BGH, ZfWG 2008, 359 Rn. 67.

55 Zudem weist der BGH auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben hin; ebenso bereits in BGH, NJW-RR 1999, 1266/1268 hingewiesen.

56 BGH, ZfWG 2008, 359 Rn. 103.

57 BGH, ZfWG 2011, 41 Rn. 41; BGH, WRP 2011, 213 Rn. 41.

II. Vermittlung (Vertrieb) von Lotterien

1. Erlaubnispflicht, Ermessen, Erlaubnisvoraussetzungen

a) Erlaubnispflicht und Ermessen

aa) Die Vermittlung von Lotterien bedarf gem. § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV der Erlaubnis; sie ist Voraussetzung, dass eine Lottovermittlung rechtmäßig stattfinden kann. Die Erlaubnis wird im Folgenden als Grunderlaubnis bezeichnet, um sie von den speziellen Ausnahmeerlaubnissen für das Internet in § 4 Abs. 5 GlüStV und für die Werbung in § 5 Abs. 3 GlüStV abzugrenzen.⁵⁸ Die Erlaubnispflicht speziell für die Vermittlung von Lotterien, die staatlich veranstaltet werden, ist nicht selbstverständlich. Unter dem Lotteriestaatsvertrag ist man bis 2008 ohne eine solche Pflicht ausgekommen.⁵⁹ Des Weiteren ist im geltenden Glücksspielgesetz in Schleswig-Holstein eine Erlaubnispflicht nur in seltenen Sonderfällen vorgesehen; bei den meisten Lotterien verzichtet das Gesetz auf eine Erlaubnis.⁶⁰

Demgegenüber ist im Glücksspiel-Staatsvertrag nicht nur ein genereller Erlaubnisvorbehalt verankert. Auf die Erteilung der Erlaubnis besteht gem. § 4 Abs. 2 S. 3 GlüStV kein Rechtsanspruch. Die Erteilung steht somit im behördlichen Ermessen. Daraus wird der Schluss gezogen, dass § 4 Abs. 1 S. 2 GlüStV nicht ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, sondern ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt enthält.⁶¹ Hingewiesen sei aber auf den Umstand, dass einzelne Ausführungsgesetze der Länder eine Soll-Entscheidung vorsehen.⁶²

bb) Die Erlaubnispflicht gilt für jede Vermittlung. Erfasst wird somit die Vermittlung durch Annahmestellen wie durch (sonstige) gewerbliche Spielvermittler.⁶³ Unsicher ist, ob auch der Eigenvertrieb durch die Lan-

58 Man könnte auch von „allgemeiner Erlaubnis“ sprechen.

59 Die Erlaubnispflicht wurde erst durch den Glücksspiel-Staatsvertrag 2008 eingeführt.

60 Vgl. § 5 GlüG SH sowie Heeg/Levermann, MMR 2012, 23.

61 Postel, in: Dietlein/Hecker/Ruttig (Hg.), Glücksspielrecht, 2008, § 4 Rn. 67; vgl. auch BVerfG-K, WM 2005, 2200/2201. Insoweit bestehen nicht unerhebliche europarechtliche und verfassungsrechtliche Bedenken (vgl. VG Halle, ZfWG 2011, 61 Rn. 106 f – juris; VG Chemnitz, SächsVBl 2011, 188 Rn. 30 ff – juris), worauf hier nicht eingegangen werden kann.

62 Etwa § 4 Abs. 1 S. 2 GlüStV AG NW.

63 Erlaubnispflichtig ist auch die Vermittlung durch Lotterieeinnahmer; doch geht es insoweit um die hier ausgeklammerten Klassenlotterien.

des-Lottogesellschaften gem. § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV erlaubnispflichtig ist. Die ausdrückliche Unterscheidung zwischen Eigenvertrieb und Vermittlung in § 4 Abs. 5 S. 1 GlüStV spricht dagegen.⁶⁴ Der Eigenvertrieb wird damit gegenüber der Vermittlung schon im Ausgangspunkt privilegiert, obwohl es in beiden Fällen um den Vertrieb von Lotterien geht.⁶⁵ Sollte man das im Übrigen anders sehen, muss man davon ausgehen, dass die Erlaubniserteilung für den Eigenvertrieb sehr viel einfacher als die für gewerbliche Spielvermittler gehandhabt wird.⁶⁶

b) Erlaubnisvoraussetzungen

Eine positive Regelung dazu, wann die Voraussetzungen für eine Erlaubnis zur Vermittlung von Lotterien gegeben sind, enthält der Glücksspiel-Staatsvertrag nicht. Die Erlaubnis ist aber gem. § 4 Abs. 2 S. 1 GlüStV zu versagen, wenn sie den Zielen des § 1 GlüStV zuwiderläuft.⁶⁷ Die Ziele des § 1 GlüStV sind weit gespannt. Welche Konsequenz aus dieser Vorgabe im Einzelfall folgt, ist weithin offen. Zum Teil finden sich insoweit Konkretisierungen in den Ausführungsgesetzen der Länder.⁶⁸ Im Übrigen dürfte die Erlaubnisbehörde nach den gesetzlichen Vorgaben auf jeden Umstand abheben können, der für die Erreichung der Ziele des § 1 GlüStV bedeutsam ist.

Für bestimmte Aspekte ergibt sich eine Konkretisierung aus dem Umstand, dass die Erlaubnis nur erteilt werden kann, wenn die Vermittlung allen im Staatsvertrag aufgeführten Anforderungen gerecht werden wird. Bedeutsam sind insoweit die Vorgaben in § 4 Abs. 3 bis 6 GlüStV, in § 5 bis § 8 GlüStV und speziell für die gewerbliche Spielvermittlung die Vorgaben in § 19 Abs. 1 GlüStV.

64 Allerdings wird man die auf die Vermittlung bezogene Regelung des § 4 Abs. 4 GlüStV auch auf den Eigenvertrieb beziehen müssen; unten B II 3 a aa.

65 Soweit allerdings der Eigenvertrieb über das Internet erfolgt, ist die Ausnahmeerlaubnis des § 4 Abs. 5 GlüStV notwendig. Gleichwohl bleibt es bei einer Ungleichbehandlung: Der Eigenvertrieb der Landes-Lottogesellschaften über das Internet bedarf allein der Ausnahmeerlaubnis, während die Vermittlung über das Internet der Grund- und der Ausnahmeerlaubnis bedarf.

66 Dazu unten C II 1 b.

67 Dazu *Postel*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig (Hg.), Glücksspielrecht, 2008, § 4 Rn. 53 ff.

68 Näher *Postel*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig (Hg.), Glücksspielrecht, 2008, § 4 Rn. 57. Grundlage ist § 28 S. 2 GlüStV.

2. Befristung, Inhaltsbeschränkungen, weitere Nebenbestimmungen

a) *Befristung*

Die Erlaubnis des § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV ist, wie andere Erlaubnisse des Glücksspielrechts, gem. § 9 Abs. 4 S. 2 GlüStV zu befristen. Nach Ablauf der Frist ist eine neue Erlaubnis notwendig, die wiederum im Ermessen der Behörde steht. Irgendein Bestandsschutz ist im Glücksspiel-Staatsvertrag nicht vorgesehen.

Vor diesem Hintergrund ist es bedeutsam, dass die Erlaubnis für gewerbliche Spielvermittler regelmäßig auf wenige Jahre, zum Teil sogar auf ein Jahr beschränkt wird. Demgegenüber werden die Erlaubnisse für die Annahmestellen, soweit ersichtlich, eher langfristig erteilt. Das führt zu einer gewichtigen Ungleichbehandlung. Nun mag man anführen, dass die Annahmestellen in die Vertriebsorganisation des Veranstalters eingegliedert sind und daher dessen Kontrolle unterliegen. Die Neuerteilung einer abgelaufenen Erlaubnis bei gewerblichen Spielvermittlern kann aber nicht nur dann verweigert werden, wenn sich der Vermittler als unzuverlässig erwiesen hat. Auch wenn das nicht der Fall ist, besteht die Möglichkeit, auf die Verlängerung der Erlaubnis zu verzichten, während den Annahmestellen die längeren Laufzeiten zugutekommen. Noch dramatischer ist natürlich der Unterschied zum Eigenvertrieb, wo gleich ganz auf eine Erlaubnispflicht verzichtet wird.⁶⁹ Fristproblemen ist damit der Eigenvertrieb von vornherein nicht ausgesetzt.

Die Befristung der Erlaubnisse stellt für die gewerblichen Spielvermittler eine große Belastung dar, insb. wenn die Erlaubnis nur für ein Jahr erteilt wird. Die Unsicherheit über die Verlängerung erschwert ein wirtschaftliches Handeln. Auch ist der Vermittler laufend mit der Beantragung von Erlaubnissen beschäftigt. Das hat besonderes Gewicht, weil die Zahl der notwendigen Erlaubnisse auch aus anderen, noch zu erörternden Gründen vervielfacht wird.⁷⁰

b) *Beschränkung des Erlaubnisgegenstandes*

In der Praxis unterliegen die den gewerblichen Spielvermittlern erteilten Erlaubnisse gewichtigen inhaltlichen Einschränkungen, die bei den den Annahmestellen erteilten Erlaubnissen nicht auftreten dürften, jedenfalls nicht mit einer vergleichbaren Intensität. Die Erlaubnis wird

⁶⁹ Die vom Veranstalter benötigte Veranstaltererlaubnis betrifft nur das Veranstalten, nicht den Vertrieb.

⁷⁰ Unten B II 3.

den gewerblichen Spielvermittlern nicht generell für die Vermittlung zugelassener Lotterien erteilt, wie das durchaus möglich wäre. Neben der Befristung finden sich weitreichende Beschränkungen des Erlaubnisgegenstandes. Die Erlaubnis gilt etwa nur für bestimmte Lotterien, für eine bestimmte Zahl von Anteilen oder von Lottoreihen. Das hat nicht nur zur Folge, dass der Vermittler genau auf diesen Bereich beschränkt ist. Bei jeder Änderung, die sich etwa aus veränderten Interessen der Spieler ergeben, muss vorab eine neue Erlaubnis eingeholt werden. Eine nähere Begründung für die rechtliche Zulässigkeit solcher Einschränkungen wird regelmäßig nicht gegeben.⁷¹ Bei den Erlaubnissen der Lotto-Annahmestellen dürften keine vergleichbaren Einschränkungen zu finden sein.

c) Landesbeschränkung und Festlegung auf eine Landes-Lottogesellschaft

aa) In räumlicher Hinsicht muss die Erlaubnis gem. § 9 Abs. 4 S. 1 auf das Gebiet des jeweiligen Landes (oder einen Teil dieses Gebiets) beschränkt werden. Erlaubnisse für die gewerbliche Spielvermittlung erfassen daher nur Vermittlungen, die in dem betreffenden Land stattfinden. Nicht erfasst werden somit Vermittlungen, die in einem anderen Bundesland durchgeführt wurden. Dies lässt sich als „*Landesbeschränkung*“ kennzeichnen. Für die Abgrenzung wird gem. § 3 Abs. 4 GlüStV darauf abgestellt, wo dem Spieler die Möglichkeit zur Teilnahme eröffnet wird. Im Bereich der Annahmestellen lässt sich das einfach feststellen. Im Bereich der gewerblichen Spielvermittlung wird zum Teil eine Geolokalisierung verlangt, also die genaue technische Ermittlung des Standorts,⁷² zum Teil auf den Wohnsitz des Spielers abgehoben.⁷³ Im Bereich der Annahmestellen führt das zu keiner Belastung, während dies für die gewerblichen Spielvermittler zu gravierenden Einschränkungen führt, weil sie ihrer Tätigkeit sinnvoll nur bundesweit nachgehen können. Auf sie zielt denn auch die Landesbeschränkung des § 9 Abs. 4 GlüStV. Dagegen kommt sie bei Erlaubnissen nicht zum Tragen, die im länder einheitlichen Verfahren ergehen; sie haben bundesweite Geltung.⁷⁴

71 Das VG Karlsruhe, U. v. 14.4.2010 – Az. 3 K 3851/09 hat solche Einschränkungen für unzulässig erklärt.

72 Dazu Dietlein, in: Dietlein/Hecker/Ruttig (Hg.), Glücksspielrecht, 2008, § 3 Rn. 14; Postel, in: Dietlein/Hecker/Ruttig (Hg.), Glücksspielrecht, 2008, § 25 Rn. 52.

73 Vgl. § 3 Abs. 9 GlüG SH; dazu Willenbruch, NordÖR 2012, 225 f.

74 Unten B II 4 a.

Die Landesbeschränkung macht es für die gewerblichen Spielvermittler notwendig, von jedem Land eine Erlaubnis einzuholen,⁷⁵ obwohl die Lotterien, wie dargelegt, bundeseinheitlich veranstaltet werden.⁷⁶ Um eine bestimmte Lotterie, wie etwa „6 aus 49“, vermitteln zu können, braucht ein Spielvermittler 15 Erlaubnisse.⁷⁷ Werden Erlaubnisse versagt oder mit belastenden Nebenbestimmungen verbunden, müssen ggf. Widerspruchs- und Klageverfahren in 15 Bundesländern durchgeführt werden. Das stellt eine schwere Belastung dar. Fallen die Erlaubnisse unterschiedlich streng aus, bleibt dem Vermittler regelmäßig nichts anderes übrig, als sich an der strengsten Erlaubnis zu orientieren, wenn und weil er bundesweit einheitlich tätig ist. Sind sie gar inkonsistent, etwa im Bereich des Jugendschutzes oder der Authentifizierung, ist ein bundeseinheitliches Vorgehen sogar unmöglich. Durch die Bündelung der Erlaubnisse, auf die noch einzugehen ist, wird die Belastung nur unwesentlich reduziert.

bb) Mit der eben angesprochenen Landesbeschränkung darf eine andere Beschränkung nicht verwechselt werden, auch wenn beide Beschränkungen in einem engen funktionalen Zusammenhang stehen.⁷⁸ Wie den Ausführungsgesetzen der Länder zum Glücksspiel-Staatsvertrag explizit oder implizit zu entnehmen ist, wird die gewerbliche Spielvermittlung auf Lotterien beschränkt, die in dem jeweiligen Bundesland bzw. nach den jeweiligen Ausführungsgesetzen zulässig sind.⁷⁹ Das führt dazu, dass die gewerblichen Spielvermittlern erteilte Erlaubnis zwingend mit der Auflage verbunden ist, die Einnahmen aus Vermittlungen in dem betreffenden Land allein der entsprechenden Landes-Lottogesellschaft zuzuleiten, nicht einer anderen Landes-Lottogesellschaft.⁸⁰ Ausgeschlossen ist es, mit einer oder einigen wenigen Landes-Lottogesellschaften Vereinbarungen zu schließen und die eingesammelten Lottoscheine diesen Gesellschaften zuzuleiten. Man kann das als „Festlegung auf eine bestimmte Landes-Lottogesellschaft“ bezeichnen.

75 Zur Bündelung der Erlaubnisse unten B II 4 b aa.

76 Oben B I 2 a.

77 Koenig/Bache, ZfWG 2011, 10.

78 Beide sichern der Landes-Lottogesellschaft die Einnahmen aus Vermittlungen in ihrem Land.

79 Etwa § 4 Abs. 5 NdsGlüG; allgemein Schmitt, in: Dietlein/Hecker/Ruttig (Hg.), Glücksspielrecht, 2008, § 19 Rn. 39. Das Landesrecht, etwa § 24 S. 2 NdsGlüG, lässt davon zum Teil Abweichungen durch eine Rechtsverordnung zu. Solche Verordnungen wurden aber nicht erlassen.

80 Dahinter steht die bereits mit dem Regionalisierungsstaatsvertrag verfolgte Zielsetzung; dazu oben B I 2 b.

Diese Beschränkung hat bislang als solche wenig Aufmerksamkeit gefunden, obgleich sie für die gewerblichen Spielvermittler außerordentlich belastend ist, weil die Spielvermittler aus wirtschaftlichen Gründen zwangsläufig nur bundesweit agieren können. Sie führt dazu, dass der Vermittler Vereinbarungen mit allen Landes-Lottogesellschaften schließen muss. Das bereitet Probleme, weil die Vertragsbedingungen der einzelnen Landes-Lottogesellschaften differieren. Vor allem aber führt die Festlegung auf die Landes-Lottogesellschaft zu einer umfassenden Abhängigkeit des Spielvermittlers von der Landes-Lottogesellschaft. Darauf wird noch näher einzugehen sein.⁸¹

d) Bedingungen, Auflagen, Widerruf

Die Erlaubnis zur Vermittlung von Lotterien kann gem. § 9 Abs. 4 S. 3 GlüStV mit Nebenbestimmungen, etwa mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Solche Nebenbestimmungen können zudem nach der ausdrücklichen Aussage des § 9 Abs. 4 S. 3 GlüStV „auch nachträglich“ ergehen. In beiden Fällen bleiben die Voraussetzungen völlig offen; den Behörden steht insoweit ein weiter Ermessensspielraum zu.⁸² Hinzu tritt die Möglichkeit eines Widerrufs, da die Erlaubnis gem. § 9 Abs. 4 S. 2 GlüStV widerruflich zu erteilen ist. Schließlich kann die Erlaubnis gem. § 9 Abs. 4 S. 4 GlüStV auf einen anderen weder übertragen noch zur Ausübung überlassen werden. Von einer gesicherten Rechtsposition kann damit auch nach einer Erteilung der Erlaubnis nicht gesprochen werden.

3. Ausnahmegenehmigungen für Internet und Werbung

a) Ausnahmegenehmigung für Vermittlung (Vertrieb) im Internet

aa) Die Vermittlung von Lotterien speziell im Internet ist gem. § 4 Abs. 4 GlüStV verboten. Das gilt für Annahmestellen und gewerbliche Spielvermittler gleichermaßen. Für die Annahmestellen ist das aber von geringer Bedeutung. Auf den Eigenvertrieb durch einen Lotterieveranstalter im Internet wird man die Regelung des § 4 Abs. 4 GlüStV entsprechend anwenden müssen, weil andernfalls der ausdrücklich auf den Eigenvertrieb bezogene Vorbehalt des § 4 Abs. 5 GlüStV keinen Sinn hätte.

⁸¹ Unten C II 1 a.

⁸² Koenig/Bache, ZfWG 2011, 9.

Das grundsätzliche Verbot der Vermittlung im Internet kann durch eine Ausnahmeerlaubnis nach § 4 Abs. 5 GlüStV durchbrochen werden, wenn die in § 4 Abs. 5 S. 2 Nr. 1-5 GlüStV vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind. Außerdem müssen damit gem. § 4 Abs. 5 S. 1 GlüStV die Ziele des § 1 GlüStV besser erreicht werden können. Damit soll den Tendenzen zur Abwanderung in nicht erlaubte und somit nicht kontrollierte Angebote entgegengewirkt werden.⁸³ Nach der Begründung des Entwurfs des Staatsvertrags soll die Ausnahme allein dem Eigenvertrieb der Veranstalter zugutekommen.⁸⁴ Der Gesetzestext sieht aber keine derartige Einschränkung vor.

Sind die Voraussetzungen gegeben, dann steht die Erteilung der Ausnahmeerlaubnis im Ermessen („können“). Dementsprechend ist in der Entwurfsbegründung von einem „repressiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ die Rede.⁸⁵ Die Erlaubnis ist gem. § 9 Abs. 4 S. 2 GlüStV zu befristen. Was Nebenbestimmung und die Widerrufbarkeit angeht, gelten gem. § 9 Abs. 4 GlüStV die gleichen Anforderungen wie bei der Grunderlaubnis, weshalb auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen wird.⁸⁶

bb) Die Internet-Ausnahmeerlaubnis entfaltet für bestimmte Antragsteller bundesweite Wirkung, während bei anderen Antragstellern die Wirkung auf ein Land beschränkt ist: Für die Erteilung von Erlaubnissen an die gemeinsam geführte Anstalt i.S.d. § 10 Abs. 2 GlüStV und die Lottereeinnehmer gilt das ländereinheitliche Verfahren des § 9a GlüStV, was zur bundesweiten Geltung führt.⁸⁷ In allen anderen Fällen wird die Internet-Erlaubnis von der jeweiligen Landesbehörde oder im gebündelten Verfahren des § 19 Abs. 2 GlüStV erteilt.⁸⁸ In beiden Fällen ist die Wirkung der Erlaubnis auf das jeweilige Land beschränkt,⁸⁹ so dass ein Spielvermittler, der bundesweit tätig ist, eine Erlaubnis für jedes Land benötigt. Das stellt für diese nicht nur eine schwere Belastung dar. Der Befund ist auch deshalb erstaunlich, weil es sich beim Internet um ein weltweit zugängliches Medium handelt. Zudem ergibt sich eine erstaunliche Ungleichbehandlung gegenüber den in § 9a GlüStV ange-

⁸³ Begründung zum Entwurf des GlüStV, BremLT-Drs. 18/329, S. 6 f, 18.

⁸⁴ Begründung zum Entwurf des GlüStV, BremLT-Drs. 18/329, S. 7.

⁸⁵ Begründung zum Entwurf des GlüStV, BremLT-Drs. 18/329, S. 18.

⁸⁶ Oben B II 2 d.

⁸⁷ Dazu unten B II 4 a.

⁸⁸ Dazu unten B II 4 b bb.

⁸⁹ Vgl. insoweit zur Grunderlaubnis oben B II 2 c aa.

sprochenen Erlaubnisnehmern, die vom ländereinheitlichen Verfahren profitieren.

b) Ausnahmegenehmigung für bestimmte Werbung

Gem. § 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV ist die Werbung für Lotterien im Fernsehen, im Internet und über Telekommunikationsanlagen verboten. Dies dürfte auch dann gelten, wenn für die Vermittlung von Lotterien gewonnen wird, da damit fast automatisch auch eine Werbung für die Lotterien selbst erfolgt.⁹⁰

Davon abweichend kann die Werbung für Lotterien im Fernsehen und im Internet ausnahmsweise erlaubt werden, wenn sich die Ziele des § 1 GlüStV dadurch besser erreichen lassen. Auch hier geht es darum, die Nachfrage auf das legale Angebot hin zu kanalisieren.⁹¹ Die Erteilung der Erlaubnis steht im Ermessen („können“). Die Erlaubnis ist gem. § 9 Abs. 4 S. 2 GlüStV zu befristen. Was Nebenbestimmungen und die Widerrufbarkeit angeht, gelten auch hier gem. § 9 Abs. 4 GlüStV die gleichen Anforderungen wie bei der Grunderlaubnis.⁹² Sie wird gem. § 9a Abs. 2 Nr. 1 GlüStV einheitlich für alle Länder im ländereinheitlichen Verfahren erteilt.⁹³ Die Werbeerlaubnis hat also, anders als die Erlaubnis nach § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV, bundesweite Geltung.

4. Zuständigkeitskonzentration

Der Umstand, dass die Lotterien bundesweit und einheitlich angeboten werden, andererseits aber die notwendigen Erlaubnisse von den Landesbehörden erteilt werden, führt zu gravierenden Problemen, wenn diese nicht durch geeignete Regelungen vermieden werden.

a) Ländereinheitliches Verfahren

Eine klare Lösung enthält der Glücksspiel-Staatsvertrag im Anwendungsbereich des ländereinheitlichen Verfahrens nach § 9a GlüStV. In diesem Bereich wird eine Erlaubnis erteilt, die bundesweite und einheitliche Geltung hat. Im Lotteriebereich gilt das gem. § 9a Abs. 1 GlüStV zunächst für Erlaubnisse, die von der Anstalt für Klassenlotterien i.S.d. § 10 Abs. 3 GlüStV und von den Lotteriecenehmern beantragt wurden; die Erteilung der Erlaubnis erfolgt durch die Freie und Hanse-

⁹⁰ Anders könnte das bei einer Werbung sein, die sich nicht auf bestimmte Lotterien bezieht und im Schwerpunkt die Vermittlung betrifft.

⁹¹ Begründung zum Entwurf des GlüStV, BremLT-Drs. 18/329, S. 29.

⁹² Näher dazu oben B II 2 d.

⁹³ Begründung zum Entwurf des GlüStV, BremLT-Drs. 18/329, S. 30.

stadt Hamburg. Weiter ist eine bundesweite Erlaubnis für die Zulassung der Werbung gem. § 5 Abs. 3 GlüStV vorgesehen, für die das Land Nordrhein-Westfalen zuständig ist. Darüber hinaus werden die Erlaubnisse für eine gemeinsam geführte Anstalt nach § 10 Abs. 2 S. 1 GlüStV vom Land Baden-Württemberg und die für Lotterien mit länderübergreifendem Spielplan, aber geringem Gefährdungspotential nach § 12 Abs. 3 S. 1 GlüStV vom Land Rheinland-Pfalz als einheitliche und bundesweit geltende Erlaubnis erteilt. In allen diesen Fällen ist „jeweils eine bestimmte Landesbehörde für alle Länder zuständig“. ⁹⁴ Gleiches gilt für Sportwetten und Pferdewetten. ⁹⁵

b) Bündelung der Grunderlaubnisse für gewerbliche Spielvermittler und Rechtslage bei Interneterlaubnis

aa) Anders stellt sich die Situation bei den gewerblichen Spielvermittlern dar, die in mehreren Ländern tätig werden. Sie benötigen, wie dargestellt, für die Vermittlung eine Erlaubnis jeden Landes, in dem sie tätig werden. Nach der Begründung zum Entwurf des neuen Glücksspiel-Staatsvertrag ändert § 19 GlüStV nichts am „Erfordernis einer Erlaubnis in jedem einzelnen Land“. ⁹⁶ Die Erlaubnisse werden lediglich gem. § 19 Abs. 2 GlüStV gebündelt erteilt, und zwar vom Land Niedersachsen. Eine solche bundesweite Bündelung von Erlaubnissen stellt, soweit ersichtlich, ein Novum im deutschen Recht dar. Sie führt zur Ausführung eines Landesgesetzes nicht durch die Behörden dieses Landes (oder eine gemeinsame Einrichtung), sondern durch die Behörden eines anderen Landes.

bb) Unklar ist die Situation im Bereich der Internet-Ausnahmeerlaubnis nach § 4 Abs. 5 GlüStV. Nach der Begründung des Staatsvertrags-Entwurfs bestimmt sich die Zuständigkeit für die Erlaubnis nach § 4 Abs. 5 GlüStV „nach den allgemeinen Vorschriften des Landesrechts bzw. für das länder-einheitliche Verfahren nach § 9a Abs. 1 und 2“. ⁹⁷ Die von § 9a Abs. 1 GlüStV erfassten Internet-Ausnahmeerlaubnisse für den Eigenvertrieb der Anstalt gem. § 10 Abs. 3 GlüStV und für die Vermittlung der Lotterieeinnehmer werden somit (einheitlich für das gesamte Bundesgebiet) von der Freien und Hansestadt Hamburg erteilt. Im Hinblick auf die entsprechende Ausnahmeerlaubnisse für die ande-

⁹⁴ Begründung zum Entwurf des GlüStV, BremLT-Drs. 18/329, S. 33 f.

⁹⁵ Vgl. § 9a Abs. 2 Nr. 3 GlüStV i.V.m. § 4a GlüStV bzw. § 27 Abs. 2 GlüStV.

⁹⁶ Begründung zum Entwurf des GlüStV, BremLT-Drs. 18/329, S. 39.

⁹⁷ Begründung zum Entwurf des GlüStV, BremLT-Drs. 18/329, S. 19. Unklar ist, was mit dem Verweis auf § 9a Abs. 2 GlüStV gemeint ist.

ren Erlaubnisnehmer fehlt eine solche Regelung, sodass die Zuständigkeit wohl bei den einzelnen Ländern liegt. Das stellt für die gewerblichen Spielvermittler angesichts der zwangsläufig grenzüberschreitenden Wirkungen des Internet einen höchst fragwürdigen Befund dar. Abmildern lässt er sich allenfalls durch eine analoge Anwendung von § 19 Abs. 2 GlüStV und die damit verbundene Bündelung der Erlaubnisse.⁹⁸ Aber auch dann zeigen sich noch gewichtige Unterschiede zum ländereinheitlichen Verfahren.

c) Aufsicht

Die beschriebenen Zuständigkeiten für die Erteilung von Vermittlungserlaubnissen gelten auch für die Aufsicht über die Vermittlung bzw. den Vertrieb von Lotterien. Für den Bereich des ländereinheitlichen Verfahrens i.S.d. § 9a GlüStV ist das § 9a Abs. 3 GlüStV zu entnehmen. Für die Bündelung von Genehmigungen nach § 19 Abs. 2 GlüStV folgt das aus dem Verweis auf § 9a Abs. 3 GlüStV in § 19 Abs. 2 S. 2 GlüStV. In diesen Fällen liegt die Aufsicht allein bei der Behörde des Landes, das für die Erteilung der bundesweiten Erlaubnis zuständig ist.

d) Glücksspielkollegium

Die bisherigen Ausführungen zur Zuständigkeit im Bereich der Erlaubnisse für die Vermittlung von Lotterien betrafen allein die Zuständigkeit nach außen: Die Entscheidung über einen Erlaubnisantrag ergeht gegenüber dem Antragsteller im Namen der jeweils zuständigen Behörde. Im Innenverhältnis werden aber die Entscheidungen nicht von dieser Behörde, sondern vom sog. Glücksspielkollegium i.S.d. § 9a Abs. 5 GlüStV getroffen.⁹⁹ Im Kollegium sind alle Länder gem. § 9a Abs. 6 GlüStV durch ein Mitglied vertreten. Es fasst seine Beschlüsse gem. § 9a Abs. 8 S. 1 GlüStV mit einer Mehrheit von mindestens zwei Dritteln seiner Mitglieder.¹⁰⁰ Die Beschlüsse sind gem. § 9a Abs. 8 S. 4 GlüStV für die nach außen handelnde Behörde verbindlich.

Das Glücksspielkollegium wird zum einen in allen Fällen des landeseinheitlichen Verfahrens tätig. Hinzu kommen die Fälle der gebündelten Erlaubnisse nach § 19 Abs. 2 GlüStV, da § 19 Abs. 2 S. 2 GlüStV auf § 9a

⁹⁸ Davon dürfte das Niedersächsische Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr ausgehen, das § 19 Abs. 2 GlüStV anwendet.

⁹⁹ Begründung zum Entwurf des GlüStV, BremLT-Drs. 18/329, S. 34.

¹⁰⁰ Das Verfahren der Entscheidungsfindung wird in einer Verwaltungsvereinbarung geregelt; Begründung zum Entwurf des GlüStV, BremLT-Drs. 18/329, S. 34.

Abs. 5 bis 8 GlüStV verweist. Schließlich ist es gem. § 9a Abs. 5 GlüStV i.V.m. § 9a Abs. 3 GlüStV auch im Bereich der Aufsicht zuständig.

Verwaltungsintern bewirkt die Einrichtung des Glücksspielkollegiums eine bundesweite Zentralisierung der betreffenden Entscheidungen, auch im Bereich der Erlaubnisse für gewerbliche Spielvermittler. Sie führt insb. dazu, dass die Entscheidung über eine solche Erlaubnis auch gegen den Willen des betreffenden Landes ergehen kann, da mit Mehrheit entschieden wird. Das steht in einem erstaunlichen Gegensatz zur Notwendigkeit einer Erlaubnis für jedes Land im Bereich der gewerblichen Spielvermittlung.¹⁰¹

5. Folgen

Die beschriebenen Regelungen für die Veranstaltung und die Vermittlung von Lotterien lassen zwei Effekte deutlich werden, die wohl auch beabsichtigt sind, auch wenn das kaum angesprochen wird: Zunächst sorgen die Beschränkung der Erlaubnisse für die gewerblichen Spielvermittler auf ein Land und die Festlegung auf eine bestimmte Landes-Lottogesellschaft dafür, dass jeder Wettbewerb zwischen den Landes-Lottogesellschaften vermieden wird und dadurch zugleich sichergestellt ist, dass die in einem Land generierten Einnahmen allein der entsprechenden Landes-Lottogesellschaft zukommen.¹⁰²

Des Weiteren wird deutlich, dass die Maßnahmen zur Beschränkung von Lotterien sich vor allem zu Lasten der gewerblichen Spielvermittler auswirken. Dagegen fallen die Belastungen für den Eigenvertrieb der Veranstalter und die Vermittlung durch Annahmestellen viel geringer aus. Die Anforderungen im Bereich der Erlaubnisse gestalten sich für die Lotto-Annahmestellen sowie den Eigenvertrieb rechtlich und tatsächlich deutlich milder.¹⁰³ Das ordnungsrechtliche Ziel, den Lotteriekonsum einzuschränken, geht vor allem zu Lasten der gewerblichen Spielvermittler.

C. Vorgaben der Berufsfreiheit

Nach der Erhebung der einfachgesetzlichen Vorgaben für die Vermittlung von Lotterien, wie sie sich insbesondere unter dem neuen Glücksspiel-Staatsvertrag darstellen, kann nunmehr der Frage nachgegangen

101 Zu den daraus resultierenden Problemen für die Kohärenz unten D II 2 a bb.

102 Vgl. BGH, ZfWG 2008, 359 Rn. 125, 131.

103 Oben B II 1 a bb, B II 2 a, B II 2 b, B II 2 c aa.

werden, wieweit diese Vorgaben den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht werden. Im Mittelpunkt wird dabei die Festlegung der Erlaubnis für gewerbliche Spielvermittler auf eine bestimmte Landes-Lottogesellschaft stehen. Doch auch die anderen Restriktionen, denen die gewerblichen Spielvermittler bei der Erteilung von Erlaubnissen unterliegen, werden miteinbezogen. Die Untersuchung beschränkt sich dabei auf die grundrechtlichen Anforderungen. Kompetenzfragen und bundesstaatliche Fragen werden nicht erörtert, obwohl auch insoweit Klärungsbedarf besteht.¹⁰⁴ Was die grundrechtlichen Vorgaben angeht, so kann sich die Untersuchung auf die Berufsfreiheit des Art. 12 GG beschränken. Im Hinblick auf den Bestandsschutz der gewerblichen Spielvermittler könnte zwar auch die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG bedeutsam werden. Für die hier vor allem interessierende Festlegung der Erlaubnis auf eine Landes-Lottogesellschaft ist dagegen dieses Grundrecht von geringerem Interesse.

I. Grundlagen der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG

1. Schutzbereich und Eingriff

a) Beruf und Grundrechtsträger

aa) Die Berufsfreiheit des Art. 12 GG schützt „jede auf Erwerb gerichtete Beschäftigung, die sich nicht in einem einmaligen Erwerbsakt erschöpft“.¹⁰⁵ Bei juristischen Personen ist diese Voraussetzung regelmäßig gegeben, wenn die Führung eines Geschäftsbetriebs zu ihren satzungsmäßigen Zwecken gehört.¹⁰⁶ Geschützt werden neben der Wahl des Berufs dessen Ausübung, d.h. die gesamte berufliche Tätigkeit, insbesondere Form, Mittel und Umfang sowie gegenständliche Ausgestaltung der Betätigung.¹⁰⁷ Das Grundrecht umfasst auch das Recht, Art und Qualität der angebotenen Güter und Dienstleistungen selbst festzulegen.¹⁰⁸ Zudem fällt die berufliche Außendarstellung in den Schutz-

104 Vgl. *Degenhart*, Rechtsfragen des ländereinheitlichen Verfahrens nach dem Entwurf eines Ersten Staatsvertrags zur Änderung des Staatsvertrags über das Glücksspielwesen, Manusk. 2011; *Windoffer*, DÖV 2012, 261; *Gebhardt/Postel*, ZfWG 2012, 7 f.

105 BVerfGE 97, 228/253.

106 BVerfGE 97, 228/253 mit Nachw.

107 *Breuer*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2009, Bd. VIII § 170 Rn. 82; *Manssen*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 12 Rn. 66.

108 BVerfGE 106, 275/299; 121, 317/345.

bereich.¹⁰⁹ desgleichen die berufliche Werbung.¹¹⁰ Vor diesem Hintergrund besteht im vorliegenden Zusammenhang kein Zweifel, dass die Tätigkeit eines gewerblichen Spielvermittler in den Schutzbereich der Berufsfreiheit fällt.¹¹¹

bb) Was den persönlichen Schutzbereich angeht, so können sich auf die Berufsfreiheit des Art. 12 GG gem. Art. 19 Abs. 3 GG neben natürlichen Personen auch juristische Personen berufen, soweit sie als inländische juristische Personen einzustufen sind. Darüber hinaus sind juristische Personen und Personenvereinigungen aus dem EU-Bereich kraft Unionsrechts wie inländische Vereinigungen zu behandeln, wie das Bundesverfassungsgericht jüngst festgestellt hat.¹¹²

b) Eingriff durch Beschränkung der Erlaubnis auf einen Veranstalter

Der Erlaubnisvorbehalt für die gewerbliche Spielvermittlung und die damit verbundenen Anforderungen sind als Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 GG zu qualifizieren. Es handelt sich um verbindliche Vorgaben zu den von Art. 12 GG geschützten Tätigkeiten.¹¹³ Das gilt insbesondere für die Beschränkung der Erlaubnis auf eine Landes-Lottogesellschaft, zumal diese, wie sich noch zeigen wird, für den Spielvermittler höchst nachteilige Folgen nach sich zieht.¹¹⁴ Darüber hinaus weisen der Erlaubnisvorbehalt und die zugehörigen Anforderungen eine berufsregelnde Tendenz auf, da sie typischerweise beruflich ausgeübte Tätigkeiten betreffen.¹¹⁵

2. Rechtfertigung von Eingriffen (Allgemeines)

a) Gesetzliche Grundlage und Regelungsstufe

aa) Jeder Eingriff in die Berufsfreiheit bedarf gem. Art. 12 Abs. 1 GG einer gesetzlichen Grundlage. Diese muss hinreichend bestimmt sein, muss „Umfang und Grenzen des Eingriffs deutlich erkennen“ lassen.¹¹⁶

109 BVerfGE 106, 181/192; 112, 255/262.

110 BVerfGE 94, 372/389; 105, 252/266; 111, 366/373; BGHZ 147, 71/74; BVerwGE 124, 26/28.

111 BVerfG (Kammer), NVwZ 2008, 1339; BVerwGE 140, 1 Rn.20.

112 BVerfG, NJW 2011, 3428 Rn. 77 ff; Dreier, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 19 Rn. 83; Tettinger, in: Merten/Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II § 51 Rn. 49.

113 Vgl. Jarass, in: drs./Pieroth, Grundgesetz, 12. Aufl. 2012, Art. 12 Rn. 14.

114 Unten C II 1 a.

115 BVerfGE 97, 228/254; ähnlich BVerfGE 111, 191/213.

116 BVerfGE 86, 28/40.

Die Anforderungen an die Bestimmtheit sind umso größer, je intensiver in die Berufsfreiheit eingegriffen wird.¹¹⁷

bb) Die Anforderungen an die Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsfreiheit hängen davon ab, auf welcher Stufe die Beeinträchtigung erfolgt. Dabei wird zwischen Berufsausübungsregelungen und (subjektiven sowie objektiven) Berufswahlregelungen unterschieden.¹¹⁸ Berufsausübungsregelungen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie die Berufswahl nicht beeinflussen. Die Grenze zur Wahlregelung wird überschritten, wenn eine Regelung der beruflichen Betätigung derart gravierend ist, dass eine sinnvolle Ausübung des Berufs unmöglich wird,¹¹⁹ und zwar nicht nur in Einzelfällen.¹²⁰ Handelt es sich um einen Grenzfall, ist das bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen: die Anforderungen liegen zwischen denen für Berufsausübungsregelungen einerseits und Berufswahlregelungen andererseits.¹²¹ Die Ausgestaltung des Erlaubnisvorbehalts für gewerbliche Spielvermittler und erst recht dessen Anwendung lassen für die Spielvermittler immer wieder die Frage akut werden, ob ihre Tätigkeit noch wirtschaftlich rentabel ist. Die Monopolkommission zweifelt in ihrem letzten Hauptgutachten generell daran, ob unter der gegenwärtigen Rechtslage die Voraussetzungen für das Geschäftsmodell der gewerblichen Vermittler noch gegeben sind.¹²² Das spricht für eine Berufswahlregelung. Andererseits sind die schweren Belastungen nicht nur die Folge der entsprechenden Regelungen, sondern auch deren äußerst restriktiven Anwendung. Daher könnte man auch eine Ausübungsregelung annehmen, die allerdings wegen ihres Gewichts strengen Anforderungen unterliegt, ähnlich, wenn auch nicht ganz so streng, wie sie für Berufswahlregelungen gelten.

b) Legitimes Ziel

Ein Eingriff in die Berufsfreiheit setzt materiell zunächst voraus, dass damit ein legitimes Ziel verfolgt wird. Darauf hat das Bundesverfas-

117 BVerfGE 87, 287/317 f; 98, 49/60; 101, 312/323.

118 Vgl. die Nachweise bei Jarass, in: drs./Pieroth, Grundgesetz, 12. Aufl. 2012, Art. 12 Rn. 33 ff.

119 BVerfGE 123, 186/239; vgl. Dietlein, in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/1, 2006, 1901; Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 12 Rn. 142

120 BVerfGE 30, 292/315 f; 31, 8/29; 68, 155/170 f; BVerwGE 120, 311/334.

121 Jarass, in: drs./Pieroth, Grundgesetz, 12. Aufl. 2012, Art. 12 Rn. 37.

122 Monopolkommission, 19. Hauptgutachten, 2010/11, Rn. 42.

sungsgericht gerade im Bereich der Berufsfreiheit abgehoben,¹²³ aber auch bei anderen Grundrechten.¹²⁴ Legitim ist ein öffentliches Interesse, das verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen ist; insoweit kommt es auch auf das jeweilige Grundrecht an.¹²⁵ Im Bereich der Berufsfreiheit wurde etwa die „leichtere staatliche Überwachung“ nicht als ausreichend angesehen.¹²⁶ Weiter stellen „fiskalische Interessen des Staates als solche“ im Rahmen des Art. 12 GG kein legitimes Ziel dar.¹²⁷ Gleiches gilt für die Begrenzung des Einkommens von Rechtsanwälten¹²⁸ und für den Ausschluss privaten Gewinnstrebens.¹²⁹ Kein legitimes Ziel für eine Einschränkung beruflicher Tätigkeiten bildet auch der Schutz vor Konkurrenz.¹³⁰

c) Verhältnismäßigkeit

Eingriffe in die Berufsausübung müssen verhältnismäßig sein.¹³¹ Das setzt zunächst voraus, dass das zur Anwendung kommende Mittel zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet ist.¹³² Mit seiner Hilfe muss der gewünschte Erfolg gefördert werden können.¹³³ Weiter muss der Eingriff erforderlich sein; d.h., das Ziel darf nicht mit Hilfe eines anderen Mittels erreicht werden können, das den Grundrechtsträger weniger belastet.¹³⁴ Dies gilt auch für Berufsausübungsregelungen.¹³⁵ Erforderlich ist der Eingriff „nur dann, wenn ein anderes, gleich wirksames, aber die Berufsfreiheit weniger fühlbar einschränkendes Mittel fehlt“.¹³⁶

123 Etwa BVerfGE 115, 276/304 ff; 117, 163/182; 121, 317/349 f; ebenso *Manssen*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 12 Rn. 125 ff.

124 BVerfGE 100, 313/359; 115, 320/345; 124, 300/331; *Merten*, in: drs./Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. III, 2009, § 68 Rn. 53 ff.

125 BVerfGE 124, 300/331.

126 BVerfGE 65, 116/129.

127 BVerfGE 115, 276/307; 126, 112/143; in der Sache auch BVerfGE 102, 191/217 f.

128 BVerfGE 118, 1/22 f.

129 BVerfGE 115, 276/307.

130 BVerfGE 82, 18/28; 97, 12/31; 111, 10/33; 126, 112/143; BVerwGE 79, 208/211 f; *Jarass*, in: drs./Pieroth, Grundgesetz, 12. Aufl. 2012, Art. 12 Rn. 49.

131 BVerfGE 117, 163/182.

132 BVerfGE 46, 120/145 f; 68, 193/218.

133 BVerfGE 115, 276/308; ebenso BVerfGE 80, 1/24 f; 117, 163/188.

134 BVerfGE 53, 135/145; 69, 209/218 f.

135 BVerfGE 101, 331/347; 104, 357/364; 106, 216/219.

136 BVerfGE 80, 1/30; 30, 292/316; ebenso BVerfGE 75, 246/269; 117, 163/189.

Schließlich darf der Grundrechtseingriff nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen; er muss „angemessen“ sein.¹³⁷ Die „Grenze der Zumutbarkeit“ muss bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem „Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe“ gewahrt sein.¹³⁸ Insbesondere muss das Gewicht des verfolgten Ziels umso gewichtiger ausfallen, je tiefer in die Berufsfreiheit eingegriffen wird. Bei Berufsausübungsregelungen ist der Eingriff typischerweise weniger tief als bei Berufswahlregelungen. Daher kommt dem Gesetzgeber hier ein erheblicher Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zu.¹³⁹ Andererseits ist zu beachten, dass dann, wenn in die Freiheit der Berufsausübung empfindlich eingegriffen wird, eine Rechtfertigung durch Interessen von entsprechend großem Gewicht geboten ist.¹⁴⁰

d) Additive bzw. kumulative Eingriffe

Ist das Ausmaß der Belastung eines Grundrechtseingriffs zu beurteilen und wird der Grundrechtsträger durch ein Gesetz mehrfach belastet, dann genügt es vielfach nicht, jede Beeinträchtigung für sich auf ihre Verhältnismäßigkeit zu überprüfen; vielmehr kann es geboten sein, eine Gesamtbeurteilung der Belastungen vorzunehmen. Dieses Erfordernis wird durch das Stichwort des „additiven“ Grundrechtseingriffs gekennzeichnet: So ist es „möglich, dass verschiedene, für sich betrachtet geringfügige Eingriffe in grundrechtlich geschützte Bereiche in ihrer Gesamtwirkung zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung führen, die das Maß der rechtsstaatlich hinnehmbaren Eingriffsintensität überschreitet“.¹⁴¹ Voraussetzung für eine additive Belastung ist, dass die Beeinträchtigungen den gleichen Adressaten treffen, im gleichen Zeitraum auftreten und im Wesentlichen demselben Zweck dienen sowie dasselbe Grundrecht(sgut) berühren.¹⁴² Ist das der Fall, dann sind die Belastun-

137 BVerfGE 117, 163/192 f.

138 BVerfGE 102, 197/220; ebenso BVerfGE 51, 193/208.

139 BVerfGE 116, 202/226 ff; 117, 163/182 f, 189; 121, 317/356.

140 BVerfGE 61, 291/311; 77, 84/106; 103, 1/10; 121, 317/355; BSGE 60, 76/78.

141 BVerfGE 123, 186/265 f, ebenso BVerfGE 112, 304/319 f; 114, 196/247; ebenso BGH, NJW 2009, 3448/3458 Rn. 99; BSG, GesR 2010 554/558 Rn. 26; *Peine*, in: Merten/Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. III, 2009, § 57 Rn. 53; *Lücke*, DVBl 2001, 1469 ff; *Kirchhof*, NJW 2006, 732; *Jarass*, in: Drs./Pieroth, Grundgesetz, 12. Aufl. 2012, Vorb. 47 vor Art. 1.

142 *Peine*, in: Merten/Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. III, 2009, § 57 Rn. 53; *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 200 Rn. 97; *Lücke*, DVBl 2001, 1470; etwas großzügiger *Kirchhof*, NJW 2006, 734.

gen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zusammen zu rechnen.¹⁴³

II. Rechtmäßigkeit der Festlegung auf eine Landes-Lottogesellschaft

1. Belastungswirkung

Die dargestellten Anforderungen der Berufsfreiheit an die Rechtfertigung von Beschränkungen gilt es nunmehr im vorliegenden Zusammenhang anzuwenden. Es geht um die Frage, ob die Festlegung der Erlaubnis für die gewerbliche Vermittlung von Lotterien auf eine bestimmte Landes-Lottogesellschaft eine zulässige Einschränkung der Berufsfreiheit darstellt, unter Berücksichtigung der sonstigen Erlaubnisvorgaben des Glücksspielrechts. Die Rechtfertigung dieses Eingriffs hängt davon ab, welche Belastungswirkung von ihm ausgeht.¹⁴⁴ Darauf wird zunächst eingegangen. Anschließend werden die möglichen Rechtfertigungsgründe auf ihre Tragfähigkeit hin untersucht.

a) Spezielle Belastungswirkungen der Beschränkung auf eine Landes-Lottogesellschaft

Das Gewicht restriktiver Regelungen gegenüber gewerblichen Spielvermittlern wird zunächst durch den Umstand maßgeblich geprägt, dass die gewerblichen Spielvermittler mit den Lotto-Annahmestellen zu konkurrieren haben. Insoweit ist bedeutsam, dass die Zahl der Lotto-Annahmestellen in Deutschland bei über 24.000 liegt.¹⁴⁵ Sie bilden somit ein flächendeckendes Netz, wie es sonst kaum eine Firma besitzt. Zudem werden die gewerblichen Spielvermittler künftig verstärkt mit dem Eigenvertrieb der Veranstalter über das Internet mit praktisch identischen Produkten zu konkurrieren haben.

Vor diesem Hintergrund wirkt es sich für die gewerblichen Spielvermittler sehr belastend aus, dass sie sich für die Vermittlung bestimmter Lottospieler immer nur an eine bestimmte Landes-Lottogesellschaft wenden können. Dieser Gesellschaft kommt damit eine Monopolstellung zu, was für die gewerblichen Spielvermittler umso misslicher ist, als die Konkurrenten im Vertrieb, die Lotto-Annahmestellen, sich im Einflussbereich der Landes-Lottogesellschaft bewegen und damit deren

143 Hofmann, AöR 133 (2008), 540 ff; Lücke, DVBl 2001, 1476 ff; Peine, in: Mer-ten/Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. III, 2009, § 57 Rn. 54.

144 Oben C I 2 c, d.

145 Nach www.gluecksspiel.info sind es etwa 24.500 Annahmestellen.

Position noch stärken. Erst recht gilt das für den Eigenvertrieb der Lottogesellschaft.¹⁴⁶ Die Landes-Lottogesellschaft ist aufgrund dieses Umstands in der Lage, den gewerblichen Spielvermittlern die Bedingungen für die Entgegennahme von Lottoscheinen zu „diktieren“. Dementsprechend fallen nunmehr die Vermittlungsprovisionen deutlich geringer als in der Vergangenheit aus, nicht selten niedriger als bei den Lotto-Annahmestellen, obwohl diese keine Vermarktungs- und Werbeaufwendungen zu tragen haben. Einzelne Lottogesellschaften verweigern sogar jede Provision.

Hinzu kommt, dass die Geschäftsbedingungen der Lottogesellschaften keineswegs einheitlich ausfallen. Das Erlaubnissystem zwingt den Spielvermittler, unter erheblichem Aufwand mit jeder Landes-Lottogesellschaft Vereinbarungen auszuhandeln und abzuschließen, wenn er bundesweit tätig werden will, was für einen gewerblichen Spielvermittler unverzichtbar ist. Das führt dazu, dass er die Unterschiede berücksichtigen muss, zugleich aber den Lottospielern eine einheitliche Dienstleistung anbieten muss, zumal die Lotterien des Deutschen Lotto- und Totoblocks eine bundesweit einheitliche Dienstleistung offerieren. Das ist zum Teil sehr schwierig. So gibt es unterschiedliche technische Anforderungen der Landes-Lottogesellschaften. Auch der Aufwand für das Vertragsmanagement und die Bearbeitung der verschiedenen Zahlungsflüsse erhöht sich um ein Vielfaches. Endlich sollte nicht übersehen werden, dass die gewerblichen Spielvermittler und die Landes-Lottogesellschaften wegen deren Eigenvertrieb in Konkurrenz stehen, was die Lottogesellschaften schwerlich zu zügigen Vereinbarungen motiviert.

Ein gavierendes Problem stellt auch der Umstand dar, dass die gewerblichen Spielvermittler zu jeder Landes-Lottogesellschaft eine technische Anbindung benötigen. Der Zugang zu den Schnittstellen (und deren Test) wird von den Lottogesellschaften unterschiedlich geregelt. Die Programmierung der verschiedenen Schnittstellen verursacht einen erheblichen EDV-Aufwand. Fällt des Weiteren eine Schnittstelle vorübergehend aus (die Gesellschaften übernehmen insoweit keine Gewährleistung), dann kann in dem betreffenden Land keine Vermittlung stattfinden.¹⁴⁷ Die Notwendigkeit einer Anbindung an 15 unterschiedliche technische Systeme, an unterschiedliche Produktkonfigurationen und Produktlaufzeiten, weiter an variierende Anforderungen zu den

146 Zur zunehmenden Bedeutung des Eigenvertriebs der Landes-Lottogesellschaften oben A 2 a.

147 Teilweise sind bislang noch nicht einmal Systeme bzw. Schnittstellen für die Anbindung externer Internetvermittler geschaffen worden.

Annahmezeiten und zum Sperrdatenabgleich stellt eine schwere technische und finanzielle Hürde dar.¹⁴⁸

Schließlich geht die Beschränkung auf eine Landes-Lottogesellschaft vielfach mit einem Verbot einer länderübergreifenden Zusammenstellung von Spielergemeinschaften einher. Das führt zu einer Reduzierung der Attraktivität von Spielergemeinschaften, wenn und weil aus diesem Grund die gewerblichen Spielvermittler nicht mehr Spielergemeinschaftsprodukte bundesweit anbieten können.

b) Hintergrund der generellen Belastungen gewerblicher Spielvermittler im Erlaubnisbereich

Das Gewicht dieser Belastungen wird dadurch intensiviert, dass die Ausgestaltung des Erlaubnisystems und dessen Handhabung in der Praxis sich für die gewerblichen Spielvermittler äußerst negativ auswirkt: Hingewiesen sei auf die kurzen zeitlichen Laufzeiten der Erlaubnisse, was möglicherweise jährlich eine neue Erlaubnis notwendig macht.¹⁴⁹ Weiter erschweren die gegenständlichen Beschränkungen der Erlaubnisse auf bestimmte Lotterien bzw. Teile von Lotterien die Tätigkeit der gewerblichen Spielvermittler.¹⁵⁰ Zudem sind bei bestimmten Werbemaßnahmen sowie bei der Vermittlung im Internet zusätzliche Ausnahmegerlaubnisse notwendig.¹⁵¹ Außerdem erschweren unterschiedliche Jugendschutzvorgaben, Identifizierungs- und Authentifizierungsanforderungen ein einheitliches Angebot, insb. im Internet. Schließlich bildet das die gewerblichen Spielvermittler treffende Erfordernis der technischen Geolokalisierung des jeweiligen Spielers im Zeitpunkt der Vermittlung eine gewichtige Hürde.¹⁵² Beim Eigenvertrieb der Landes-Lottogesellschaften wird darauf verzichtet.¹⁵³ Auch sonst wird der Eigenvertrieb über das Internet begünstigt, etwa bei der Erteilung von Erlaubnissen. Dementsprechend hatten bereits 13 Landes-Lottogesellschaften ihren Eigenvertrieb im Internet eröffnet, bevor einem gewerblichen Spielvermittler die erste Erlaubnis zur Internetvermittlung erteilt wurde.

Belastend wirkt sich zudem aus, dass die Erlaubnisse ausnahmslos im Ermessen stehen. Ob sie erteilt werden, ist daher immer unsicher, zumal

148 Zur Sperrdatei vgl. § 29 GlüStV.

149 Oben B II 2 a.

150 Dazu oben B II 2 b.

151 Oben B II 3.

152 Dazu oben B II 2 c aa.

153 Hier wird auf den Wohnsitz abgestellt.

die Behörden von einem repressiven Verbot ausgehen, von dem nur ausnahmsweise abgegangen werden kann. Verbunden mit den kurzen Laufzeiten lässt das einen leistungsfähigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb bei den gewerblichen Spielvermittlern nicht zu.¹⁵⁴ Diese Belastungen müssten bei einer Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der hier zu untersuchenden Belastung berücksichtigt werden, weil sie die dargelegten Anforderungen an eine additive bzw. kumulative Bewertung von Beeinträchtigungen erfüllen.¹⁵⁵

2. Ordnungsrechtliche Rechtfertigung

a) Die ordnungsrechtliche Aufgabe des Glücksspielrechts

Die Rechtfertigung der mit dem Erlaubnissystem des Glücksspielrechts verbundenen Grundrechtseinschränkung könnte auf dessen ordnungsrechtliche Aufgabe gestützt werden. In der Begründung des Glücksspiel-Staatsvertrags wird dementsprechend auf den „ordnungsrechtlichen Ansatz“, auf die „ordnungsrechtliche Verantwortung“, auf die „ordnungsrechtliche Aufgabe“ und „ordnungsrechtliche Gründe“ abgehoben.¹⁵⁶ Das hat sicherlich damit zu tun, dass der Bundesgerichtshof seine kartellrechtlichen Vorgaben ausdrücklich durch ordnungsrechtliche Anforderungen begrenzte.¹⁵⁷ Auch das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Grundsatzentscheidung zum Sportwetten-Monopol im Jahre 2010 auf die ordnungsrechtlichen Beschränkungen hingewiesen.¹⁵⁸

Das wirft die Frage auf, was für diesen ordnungsrechtlichen Ansatz kennzeichnend ist und wann es um einen ordnungsrechtlichen Ansatz geht. Zum Teil wird insoweit der Eindruck erweckt, dass allein die Einführung eines Erlaubnissystems bereits den ordnungsrechtlichen Ansatz konstituiert. Damit würde aber die Eigenart des Ordnungsrechts verkannt. Das Ordnungsrecht ist Teil des Rechts der inneren Sicherheit.¹⁵⁹ Es dient der Gefahrenabwehr bzw. dem Schutz von Rechtsgütern gegen deren Verletzung. Um eine ordnungsrechtliche Aufgabe geht es daher nur, wenn und soweit es materiell um den Schutz von Rechtsgütern vor drohenden Beeinträchtigungen geht. Weiter kann man das allgemeine

154 Vgl. oben A 2 a und C I 2a bb.

155 Vgl. oben C I 2 d.

156 Begründung zum Entwurf des GlüStV, BremLT-Drs. 18/329, S. 7, 18, 31, 36.

157 Oben B I 3 c. Die Begründung zum Entwurf des GlüStV, BremLT-Drs. 18/329, S. 3 weist ausdrücklich darauf hin.

158 BVerwG, NVwZ 2011, 549 Rn. 77, 79.

159 *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 2010, § 2 Rn. 1 ff.

Ordnungsrecht und das besondere Ordnungsrecht unterscheiden:¹⁶⁰ Das allgemeine Ordnungsrecht dient dem Schutz grundsätzlich aller Rechtsgüter, während die Teilgebiete des besonderen Ordnungsrechts jeweils dem Schutz ganz bestimmter Rechtsgüter dienen. Das Glücksspielrecht ist dem besonderen Ordnungsrecht zuzurechnen. Die Rechtsgüter, denen es dient, lassen sich den Zielen des § 1 GlüStV entnehmen. Daraus folgt, dass für die ordnungsrechtliche Aufgabe des Glücksspielrechts die Verfolgung der Ziele des § 1 GlüStV kennzeichnend ist. Nur wenn und soweit das der Fall ist, geht es um die ordnungsrechtliche Aufgabe des Glücksspielrechts.

Die Ziele des § 1 GlüStV fallen durchaus unterschiedlich aus:¹⁶¹ In Nr. 1 geht es um die Bekämpfung der Spiel- und Wertsucht, in Nr. 2 um das Angebot einer (begrenzten) Alternative zum illegalen Glücksspiel, in Nr. 3 um den Spieler- und Jugendschutz, in Nr. 4 um die ordnungsmäßige und sichere Abwicklung der Glücksspiele und in Nr. 5 um die Integrität des sportlichen Wettbewerbs. Immer, aber auch nur wenn eines oder mehrere dieser Ziele verfolgt werden, geht es um die ordnungsrechtliche Aufgabe des Glücksspielrechts.

b) Ordnungsrechtliche Aufgabenerfüllung im vorliegenden Zusammenhang

Die Verfolgung ordnungsrechtlicher Ziele durch das Glücksspielrecht ist ein legitimes Ziel, das grundsätzlich in der Lage ist, Einschränkungen der Berufsfreiheit zu rechtfertigen, vorausgesetzt, die Einschränkungen verfolgen konsequent das Ziel und sind zudem verhältnismäßig.¹⁶² Das wirft die Frage auf, ob sich die hier zu untersuchende Beschränkung der Vermittlungserlaubnis auf die betreffende Landes-Lottogesellschaft mit dem ordnungsrechtlichen Ansatz rechtfertigen lässt.

Insoweit gilt es zunächst festzuhalten, dass die Lotterien, um die es hier geht, ausnahmslos bundeseinheitlich betrieben werden.¹⁶³ Unabhängig davon, an welche Landes-Lottogesellschaft ein gewerblicher Spielvermittler die Lottoscheine weiterleitet, es geht immer um die gleiche Lotterie, weil diese ja auch nicht von der jeweiligen Landes-Lottogesellschaft, sondern vom Deutschen Lotto- und Totoblock durchgeführt

160 *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 2010, § 2 Rn. 27; *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 2011, Rn. 21.

161 Dazu Begründung zum Entwurf des GlüStV, BremLT-Drs. 18/329, S. 15.

162 BVerfGE 115, 276/311 ff.

163 Die Jackpot-Lotterie wird sogar in mehreren europäischen Ländern einheitlich betrieben.

wird. Für die Lottospieler macht es somit keinerlei Unterschied, ob der Vermittler die Lottoscheine, wie vorgeschrieben, an die Gesellschaft des betreffenden Landes oder eines anderen Landes weiterleitet, jedenfalls im Hinblick auf die Ziele des § 1 GlüStV. Die Spiel- und Wertsucht wird nicht dadurch gefördert, dass der Lottoschein an eine andere Lottogesellschaft geht, weil sich für die Spieler dadurch nichts ändert. Gleiches gilt für die Ermöglichung einer begrenzten Alternative zum illegalen Glücksspiel. Auch dem Jugend- und Spielerschutz kann in gleicher Weise Rechnung getragen werden, unabhängig davon, an welche Gesellschaft die eingenommenen Beträge weitergeleitet werden. Gleiches gilt für die Anforderungen an die Werbung und die des § 19 Abs. 1 GlüStV. Schließlich hängen die Gefahren für die Integrität des Sports in keiner Weise davon ab, welcher Lottogesellschaft die Lottoscheine zugeführt werden.

Zugunsten eines ordnungsrechtlichen Nutzens der Festlegung auf die jeweilige Landes-Lottogesellschaft wird allerdings angeführt, dass die Lottoaufsicht des Landes auf „ihre“ Lottogesellschaft Einfluss nehmen kann, nicht aber auf die eines anderen Landes.¹⁶⁴ Nun sind die Einflussmöglichkeiten in den meisten Ländern schon wegen der gesellschaftsrechtlichen Verselbständigung höchst begrenzt. Noch mehr gilt das, wenn nicht das Land Gesellschafter ist, sondern andere Einrichtungen, etwa Banken oder andere unabhängige Einrichtungen.¹⁶⁵ Vor allem aber wird seit der Änderung des Glücksspiel-Staatsvertrags die Aufsicht über die gewerblichen Spielvermittler nicht von der jeweiligen Landesbehörde, sondern vom Land Niedersachsen wahrgenommen.¹⁶⁶ Und intern werden die Maßnahmen vom Glücksspiel-Kollegium getroffen.¹⁶⁷ Daher macht die Festlegung auf die jeweilige Landes-Lottogesellschaft auch insoweit keinen ordnungsrechtlichen Sinn.

Insgesamt zeigt sich, dass die Beschränkung der Vermittlererlaubnisse auf die jeweilige Landes-Lottogesellschaft keines der Ziele des § 1 GlüStV irgendwie fördert. Die Begrenzung dient damit nicht der ordnungsrechtlichen Aufgabe des Glücksspielrechts.¹⁶⁸ Die ordnungsrecht-

¹⁶⁴ *Mailänder*, ZfWG 2008, 411.

¹⁶⁵ So sind Gesellschafter der Toto-Lotto Niedersachsen GmbH die Norddeutsche Landesbank Girozentrale, die Förderungsgesellschaft des Niedersächsischen Sparkassen- und Giroverbandes, der Landessportbund Niedersachsen und der Niedersächsische Fußballverband; und Gesellschafter der Westdeutschen Lotterie GmbH (Westlotto) sind die NRW-Bank und die Nordwestlotto GmbH.

¹⁶⁶ Oben B II 4 b aa.

¹⁶⁷ Dazu oben B II 4 d.

¹⁶⁸ So auch VG Gelsenkirchen, Urt. v. 06.04.2011 – 7 K 6737/08 Rn. 111 – juris.

liche Aufgabenstellung kann die mit der Beschränkung verbundenen Einschränkungen der Berufsfreiheit nicht rechtfertigen. Das Ziel der ordnungsrechtlichen Aufgabe des Glücksspielrechts spielt objektiv keine Rolle. Im Übrigen wäre die Regelung ungeeignet, eine vorgebliche ordnungsrechtliche Zielsetzung zu fördern.¹⁶⁹ Der mit der Festlegung auf die Landes-Lottogesellschaft, also mit der Beschränkung auf die jeweilige Landes-Lottogesellschaft verbundene Grundrechtseingriff kann somit nicht mit ordnungsrechtlichen Gesichtspunkten begründet werden.

3. Wettbewerbsvermeidung und Einnahmesicherung als Rechtfertigungsgrund

a) Grundrechtliche Beurteilung von Wettbewerbsvermeidung und Einnahmesicherung

Der gewonnene Befund wirft die Frage auf, ob sich die Regelung und damit der entsprechende Grundrechtseingriff nicht durch andere Gründe rechtfertigen lässt. Ein naheliegender Grund für die Festlegung auf die Landes-Lottogesellschaft könnte darin liegen, jeden Wettbewerb zwischen den Lottogesellschaften zu vermeiden. Die Landes-Lottogesellschaften sind öffentliche Unternehmen, die nach wirtschaftlichen Kriterien geführt werden,¹⁷⁰ gleichzeitig aber mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betraut sind, mit der Bereitstellung einer geeigneten Alternative zu illegalen Lotterien. Besteht zwischen ihnen kein Wettbewerb, so könnte man geltend machen, können sie sich vollständig der öffentlichen Aufgabe widmen.¹⁷¹ Zudem wird durch die Festlegung der Vermittlungserlaubnisse auf die jeweilige Landes-Lottogesellschaft (zusammen mit der Landesbeschränkung) sichergestellt, dass die Lottogesellschaft alle Einnahmen aus Vermittlungen in dem betreffenden Land erhält, was mittelbar auch dem Land zugutekommt.

Eine solche Zielsetzung ist nicht generell unzulässig. Führt sie aber zu einer Beeinträchtigung eines Dritten in seiner Berufsfreiheit, dann sieht das anders aus. Das Bundesverfassungsgericht nimmt in ständiger Rechtsprechung an, dass der Schutz vor Konkurrenz kein legitimes Ziel ist,

169 Die genaue Abgrenzung zwischen dem Erfordernis eines legitimen Ziels und der Eignung, dieses Ziel zu fördern, ist unsicher, im vorliegenden Zusammenhang aber unerheblich.

170 Oben B I 3 a.

171 Man könnte natürlich auch geltend machen, dass ein Wettbewerb die Aufgabenerfüllung fördert.

das einen Eingriff in die Berufsfreiheit rechtfertigen kann.¹⁷² Das gilt für Berufswahlregelungen wie für Regelungen der Berufsausübung.¹⁷³ Das Vermeiden von Wettbewerb ist kein legitimes Ziel. Legitimes Ziel für die Rechtfertigung eines Eingriffs in die Berufsfreiheit kann nur ein materielles Anliegen sein, dessen Verfolgung dann auch Wettbewerbsbeschränkungen rechtfertigen kann. Voraussetzung ist aber, dass tatsächlich ein legitimes materielles Ziel gefördert wird. Daran fehlt es im vorliegenden Zusammenhang, da – wie dargelegt – die Beschränkung der Vermittlungserlaubnis auf die entsprechende Landes-Lottogesellschaft in keiner Weise die ordnungsrechtlichen Ziele des Glücksspielrechts fördert.¹⁷⁴ Das bloße Ziel der Vermeidung von Wettbewerb vermag dagegen die Grundrechtseinschränkung nicht zu rechtfertigen.

Bekräftigt wird dieser Befund durch den Umstand, dass fiskalische Interessen des Staates als solche Einschränkungen der Berufsfreiheit nicht rechtfertigen können.¹⁷⁵ Das spricht dafür, dass es bei der Sicherung von Einnahmen bereits an einem legitimen Ziel des Grundrechtseingriffs fehlt. Darüber hinaus muss die mit dem Ziel der Einnahmeerzielung begründete Beschränkung der Vermittlungserlaubnis auf die Landes-Lottogesellschaft als unverhältnismäßig eingestuft werden, da der fiskalische Nutzen einen derart gewichtigen Grundrechtseingriff schwerlich rechtfertigen kann. Der Nutzen ist angesichts der gewichtigen Belastungswirkung unzureichend, um den Anforderungen der Zumutbarkeit und Angemessenheit gerecht zu werden.¹⁷⁶

b) Einfluss des europäischen Wettbewerbsrechts

Unabhängig von diesen Befunden gilt es den Einfluss des europäischen Rechts zu beachten, der auch für die grundrechtliche Rechtfertigung bedeutsam ist. Wie der Bundesgerichtshof zutreffend festgehalten hat, lässt das europäische (und das deutsche) Wettbewerbsrecht im Bereich des Lotterierechts erlaubnisbezogene Regelungen nur zu, wenn das nicht „zum Zweck einer Einnahmemaximierung der Lottogesellschaften oder mit dem Ziel der Wettbewerbsbeschränkung“ geschieht.¹⁷⁷

172 Vgl. BVerfGE 82, 18/28; 97, 12/31; 111, 10/33; 126, 112/143; BVerwGE 79, 208/211 f.; Jarass, in: drs./Pieroth, Grundgesetz, 12. Aufl. 2012, Art. 12 Rn. 49; vgl. außerdem oben C I 2 b.

173 In BVerfGE 82, 18/28; 97, 12/31; 111, 10/33 ging es um Ausübungsregelungen.

174 Oben C II 2 b.

175 BVerfGE 115, 276/307; 126, 112/143; oben C I 2 b.

176 Zu diesen Anforderungen oben C I 2 c.

177 BGH, ZfWG 2008, 359 Rn. 67; vgl. die Ausführungen oben B I 1 c.

Eben darum geht es aber im vorliegenden Zusammenhang, da die ordnungsrechtliche Aufgabe des Glücksspielrechts in keiner Weise gefördert wird. Wenn aber die Einschränkungen der Berufsfreiheit mit Europa-recht (und Bundeskartellrecht) nicht vereinbar ist, dann handelt es sich zwangsläufig um kein legitimes Ziel und damit um einen unzulässigen Grundrechtseingriff. Eine gegen EU-Recht verstoßende Regelung kann keinen Grundrechtseingriff rechtfertigen.¹⁷⁸

4. Lotteriehöhe der Länder und bundesfreundliches Verhalten

In der Begründung zum Entwurf des neuen Glücksspiel-Staatsvertrags wird das „Erfordernis einer Erlaubnis in jedem Land“ mit der „Lotteriehöhe“ in Zusammenhang gebracht.¹⁷⁹ Ähnlich findet sich im Schrifttum die Aussage, dass die Vorgabe, wonach eine Vermittlungserlaubnis des entsprechenden Landes überall dort erforderlich ist, wo dem Spieler die Gelegenheit zur Teilnahme eröffnet wird, auf die „Wahrung der sog. Lotteriehöhe“ zielt, die sich verwaltungsrechtlich im sog. Regionalisierungsgrundsatz niederschlägt.¹⁸⁰ Diese Aussagen beziehen sich zwar auf die Landesbeschränkung der Vermittlungserlaubnisse, nicht auf die Festlegung der Erlaubnisse auf die Landes-Lottogesellschaft, um die es hier geht.¹⁸¹ Doch stehen die beiden Beschränkungen, wie angesprochen, in funktionalem Zusammenhang und dienen der Vermeidung des Wettbewerbs zwischen den Landes-Lottogesellschaften und der Regionalisierung der Einnahmen.¹⁸² Daher ist es sinnvoll, einen kurzen Blick auf die sog. Lotteriehöhe zu werfen.¹⁸³

Was genau mit der Lotteriehöhe der Länder gemeint ist, wird nirgends näher ausgeführt. Das mag daran liegen, dass der Begriff eher selten zum Einsatz kommt.¹⁸⁴ Sehr viel häufiger wird der Parallelbegriff der „Kulturhöhe der Länder“ verwandt. Diese wird als die „primäre Zuständig-

178 BVerfGE 82, 159/191. Entsprechendes gilt für ein gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts verstoßendes Gesetz; BVerfGE 46, 342/363; 66, 39/64; 112, 1/21 f.

179 Begründung zum Entwurf des Glücksspiel-Gesetzes, LT-Drs. 17/1100, S. 39.

180 Dietlein, in: Dietlein/Hecker/Ruttig (Hg.), Glücksspielrecht, 2008, § 3 Rn. 13.

181 Zu diesem Unterschied oben B II 2 c bb.

182 Oben B II 2 c bb.

183 Die Bezeichnung als „sog.“ Lotteriehöhe ist häufig; etwa Tettinger, DVBl 2000, 870; Dietlein, in: Dietlein/Hecker/Ruttig (Hg.), Glücksspielrecht, 2008, § 3 Rn. 13; Ohlmann, WRP 2001, 675.

184 In der Rechtsprechung des BVerfG wird nur referiert; BVerfG, NVwZ 2002, 1297 Rn. 83. In der Rechtsprechung des BVerwG kommt er überhaupt nicht zum Einsatz.

keit (der Länder) für Gesetzgebung und Verwaltung auf kulturellem Gebiet“ definiert.¹⁸⁵ Dementsprechend wird man in der Lotteriehochheit der Länder die primäre Zuständigkeit der Länder für die Gesetzgebung und Verwaltung im Lotteriebereich zu sehen haben.¹⁸⁶ Etwas unsicher ist lediglich das Adjektive der „primären“ Zuständigkeit im Bereich der Gesetzgebung, weil der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Lottowesen besitzt, hat doch das Bundesverfassungsgericht die Kompetenz für das Recht der Wirtschaft in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG auf das Lotteriewesen erstreckt; insb. steht der Kompetenz des Bundes der ordnungsrechtliche Aspekt der Regelungsmaterie nicht entgegen.¹⁸⁷ Darüber hinaus könnte man überlegen, ob sich die Länder durch die Schaffung der gemeinsamen Einrichtung des Deutschen Lotto- und Totoblocks und durch die Entscheidungsbefugnisse des Glücksspielkollegiums, in dem das betroffene Land überstimmt werden kann, nicht ihrer Lotteriehochheit weithin begeben haben.¹⁸⁸ Doch mag das dahinstehen.

Unabhängig davon macht der Bezug zur Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz deutlich, dass sich aus der Lotteriehochheit keine Aufgabe und keine Verpflichtung zu bestimmten Regelungen oder sonstigen Aktivitäten ergeben.¹⁸⁹ Es geht nur um eine Zuständigkeit. Ein Verbot, Einnahmen aus Vermittlungen in einem Land der Lottogesellschaft eines anderen Landes zuzuführen, ergibt sich offenkundig nicht daraus.¹⁹⁰

185 Creifelds, Rechtswörterbuch, 20. Aufl. 2011, Stichwort „Kulturhochheit der Länder“.

186 Unhaltbar dagegen die Aussage in S. 1 der Präambel des Blockvertrags: „Die Lotteriehochheit steht nach dem Glücksspiel-Staatsvertrag und den Glücksspielgesetzen der Länder den Ländern der Bundesrepublik Deutschland zu“. Eine Kompetenz der Länder kann sich nur aus dem Bundesrecht ergeben.

187 BVerfGE 115, 276/318 f; ebenso *Pieroth/Görisch*, NVwZ 2005, 1225 ff.

188 So nahm BVerwGE 107, 275/289 wegen der Schaffung des MDR eine teilweise Aufgabe der Rundfunkhochheit der Länder Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen an.

189 Insb. wäre eine Assoziation mit der Landeshochheit, wie sie in Deutschland in der Zeit des Absolutismus i.S.v. Souveränität entwickelt wurde (vgl. *Köbler*, Lexikon der europäischen Rechtsgeschichte, 1997, Stichwort „Landeshochheit“), verfehlt. Heute wird die Landeshochheit durch ihre rechtlichen Begrenzungen geprägt.

190 Selbst die Beschränkung auf Vermittlungen auf ein bestimmtes Land ergibt sich nicht zwingend aus dem Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens. Vermittlungen in einem anderen Land können geregelt werden, wenn ein Anknüpfungspunkt im eigenen Land besteht und keine überwiegenden Interessen des anderen Landes entgegenstehen; vgl. *Willenbruch*, NordÖR 2012, 225; zu undifferenziert insoweit BVerfG (Kammer), NVwZ 2008, 1342 f.

Aus bundesstaatlichen Gründen muss allerdings jedes Land den Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens beachten und damit die Interessen anderer Länder in Fällen mit grenzüberschreitendem Bezug berücksichtigen. Doch sind die daraus resultierenden Anforderungen begrenzt.¹⁹¹ Aber auch wenn man insoweit anspruchsvoller ist, führt die Öffnung des Zugangs der Spielvermittler zu anderen Landes-Lottogesellschaften zu keiner Beeinträchtigung des Grundsatzes, weil es den Gesellschaften des anderen Landes frei steht, Lottoscheine anzunehmen.

D. Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit sowie der unternehmerischen Freiheit

Im letzten Teil der Untersuchung geht es um die Frage, wieweit die Festlegung der Erlaubnisse für die gewerbliche Spielvermittlung auf eine Landes-Lottogesellschaft unter Einbeziehung aller anderen Aspekte des Erlaubnissystems mit der Dienstleistungsfreiheit und der unternehmerischen Freiheit vereinbar ist, wie sie durch das primäre EU-Recht gewährleistet werden.

I. Grundlagen der Dienstleistungsfreiheit der Art. 56 ff AEUV

1. Einschlägige Grundfreiheiten und Beschränkung

a) Dienstleistung und fehlende Einschlägigkeit der sonstigen Grundfreiheiten

Die Dienstleistungsfreiheit der Art. 56 ff AEUV sichert den grenzüberschreitenden Verkehr von Dienstleistungen gegenüber Beschränkungen. Sie kommt zum Tragen, wenn es um eine Dienstleistung im Sinne des Art. 57 AEUV geht, also um eine Leistung, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird. Diese Voraussetzung ist bei der gewerblichen Spielvermittlung zweifellos gegeben. Weiter darf keine der anderen Grundfreiheiten einschlägig sein. Bei der gewerblichen Spielvermittlung ist das nicht der Fall.¹⁹² Dementsprechend hat der Europäische Ge-

191 *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl. 2008, § 126 Rn. 166; *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 12. Aufl. 2012, Art. 20 Rn. 20.

192 Anders sähe das aus, wenn ein Spielvermittler seinen Sitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegen wollte; dann wäre die Niederlassungsfreiheit einschlägig.

richtshof festgehalten, dass die Dienstleistungsfreiheit „auf eine Tätigkeit Anwendung“ findet, „die darin besteht, den Nutzern gegen Entgelt die Teilnahme an einem Glücksspiel zu ermöglichen“. ¹⁹³ Dies gilt auch und gerade für die Vermittlung von Lotterien. ¹⁹⁴

Auf die Dienstleistungsfreiheit können sich die Dienstleistenden wie die Dienstleistungsempfänger berufen. Auch Gesellschaften können gem. Art. 62 AEUV i.V.m. Art. 54 AEUV die Dienstleistungsfreiheit geltend machen, sofern sie ihren Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung im Unionsgebiet haben. ¹⁹⁵

b) Grenzüberschreitender Bezug

Art. 56 AEUV erfasst allein Dienstleistungen, die innerhalb der Europäischen Union grenzüberschreitend sind, wie schon der Wortlaut des Art. 56 Abs. 1 AEUV andeutet. ¹⁹⁶ Diese Voraussetzung wird weit verstanden. Art. 56 AEUV ist nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nur bei Betätigungen nicht anwendbar, „deren Merkmale sämtlich nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen“. ¹⁹⁷

Im vorliegenden Zusammenhang ist diese Voraussetzung unschwer gegeben. Einmal ist es naheliegend, dass Unternehmen mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat in Deutschland Lotterien vermitteln wollen. Angesichts der europaweiten Aktivitäten der in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Vermittlungsunternehmen ist diese Voraussetzung gegeben. Zudem ist denkbar, dass in Deutschland ansässige Vermittler in einem anderen Mitgliedstaat deutsche Lotterien vermitteln wollen. Unterstrichen wird im Übrigen der grenzüberschreitende Aspekt durch den Umstand, dass in Deutschland nur deutsche Lotterien tätig werden dürfen. Auf der Ebene der Veranstaltung von Lotterien ist somit eine grenzüberschreitende Aktivität weithin ausgeschlossen. ¹⁹⁸ Umso wichtiger ist

¹⁹³ EuGH, Rs. 153/08 – Kommission/Spanien, Slg. 2009, I-9735 Rn. 29 unter Berufung auf EuGH, Rs. 42/02 – Lindmann, Slg. 2003, I-13519 Rn. 19.

¹⁹⁴ EuGH, Rs. 275/92 – Schindler, Slg. 1994, I-1039 Rn. 22 f; Rs. 409/06 – Winner, Slg. 2010, I-8015 Rn. 43; Rs. 316/07 – Stoß, Slg. 2010, I-8069 Rn. 56.

¹⁹⁵ Kluth, in: Calliess/Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 56, 57 Rn. 40.

¹⁹⁶ Müller-Graff, in: Streinz (Hg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 56 Rn. 31.

¹⁹⁷ EuGH, Rs. 245/09 – Omalet, Slg. 2010, I-13771 Rn. 12; ebenso EuGH, Rs. 41/90 – Höfner, Slg. 1991, I-1979 Rn. 37 ff; Rs. 134/95 – USSL, Slg. 1997, I-195 Rn. 19; Rs. 108/98 – RI.San, Slg. 1999, I-5219 Rn. 23.

¹⁹⁸ Die Landes-Lottogesellschaften können allerdings gemeinsam mit den Gesellschaften anderer europäischer Länder Lotterien veranstalten.

es, grenzüberschreitende Tätigkeiten auf der Ebene der Vermittlung zuzulassen.

Ein grenzüberschreitender Bezug liegt auch insoweit vor, als ausländische Spielvermittler inländische Spielvermittler einschalten wollen, weil der Zugang zum deutschen Markt andernfalls zu schwierig wäre. In diesem Fall kommt die Dienstleistungsfreiheit auch dem inländischen Spielvermittler zugute.¹⁹⁹ Schließlich ergibt sich ein grenzüberschreitendes Element aus dem Umstand, dass die Lotterie Eurojackpot grenzüberschreitend angelegt ist. Daher dürften sich inländische Vermittler generell auf die Dienstleistungsfreiheit berufen können, wenn sie diese Lotterie vermitteln.

c) Beschränkung der Grundfreiheit durch Festlegung des Veranstalters

Art. 56 Abs. 1 AEUV verbietet „Beschränkungen“ des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union. Als Beschränkung ist jede Maßnahme anzusehen, die „die Erbringung von Dienstleistungen zwischen den Mitgliedstaaten gegenüber der Erbringung von Dienstleistungen in nur einem Mitgliedstaat erschwert“.²⁰⁰ Dabei genügt es, wenn die grenzüberschreitende Tätigkeit „weniger attraktiv oder schwieriger“ gemacht wird.²⁰¹ Die Festlegung der Erlaubnisse für die gewerbliche Spielvermittlung auf eine Landes-Lottogesellschaft führt dazu, dass ein Spielvermittler in kurzen Abständen, möglicherweise sogar in jedem Jahr, 15 Grunderlaubnisse und ggf. 15 Interneterlaubnisse sowie eine Werbeerlaubnis benötigt.²⁰² Hinzu kommt, dass die Erteilung der Erlaubnisse immer mit großen Unsicherheiten belastet ist. Für grenzüberschreitend tätige Spielvermittler wirkt sich das besonders belastend aus, weil er mit den inländischen Usancen in den Bundesländern naturgemäß nicht vertraut ist.²⁰³ Eine Bündelung der Erlaubnisse bei der niedersächsischen Aufsichtsbehörde bedeutet dabei nur eine sehr begrenzte Milderung, da die Erteilung der Erlaubnisse auch von den unterschiedlichen Vor-

199 Koenig/Bache, ZfWG 2011, 12.

200 EuGH, Rs. 287/10 – Tankreederei, Slg. 2010, I-14233 Rn. 15; ebenso EuGH, Rs. 372/04 – Watts, Slg. 2006, I-4325 Rn. 94; Rs. 155/08 – Passenheim, Slg. 2009, I-5093 Rn. 32.

201 EuGH, Rs. 287/10 – Tankreederei, Slg. 2010, I-14233 Rn. 15; ebenso EuGH, Rs. 42/07 – Liga Portuguesa, Slg. 2009, I-7633 Rn. 51; Rs. 203/08 – Sporting, Slg. 2010, I-4695 Rn. 23; Müller-Graff, in: Streinz (Hg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 56 Rn. 70.

202 Oben B II 2 c aa, B II 3 a.

203 Koenig/Bache, ZfWG 2011, 10.

gaben jedes Bundeslandes abhängt.²⁰⁴ Insgesamt stellt die Festlegung der Vermittlungserlaubnisse auf die Landes-Lottogesellschaft eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar.

2. Rechtfertigung von Beschränkungen

a) Grundlagen der Rechtfertigung

Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit können zulässig sein. Dies folgt aus den über Art. 62 AEUV anwendbaren Vorschriften des Art. 51 AEUV und des Art. 52 AEUV und der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wonach jedenfalls nichtdiskriminierende Maßnahmen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein können.²⁰⁵ Dabei bestehen vier Voraussetzungen, wie der Gerichtshof immer wieder festgehalten hat: Die Maßnahmen „müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen, sie müssen zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sein, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist“.²⁰⁶

b) Verfolgte Ziele

Was die verfolgten Ziele angeht, so kommen im Bereich der Gründe des Allgemeininteresses höchst unterschiedliche Ziele in Betracht. Bei allen Grundfreiheiten ist jedoch anerkannt, dass „rein wirtschaftliche Motive“ in keinem Fall eine Beschränkung von Grundfreiheiten rechtfertigen können.²⁰⁷ Des Weiteren kann das Ziel, „die Einnahmen der Staatskasse zu maximieren,“ „für sich allein eine ... Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nicht rechtfertigen.“²⁰⁸ Auch die Finanzierung gemeinnütziger Tätigkeiten darf nicht das eigentliche Ziel der Beschränkung sein, sondern nur als eine nützliche Nebenfolge angese-

204 Zur Bündelung der Grunderlaubnisse oben B II 4 b aa.

205 EuGH, Rs. 515/08 – Santos, Slg. 2010, I-9133 Rn. 50; Rs. 458/08 – Kommission/Portugal, Slg. 2010, I-11599 Rn. 87; Rs. 372/09 – Penarroja, 17.03.2011 Rn. 54.

206 EuGH, Rs. 500/06 – Dermoestetica, Slg. 2008, I-5785 Rn. 35; ebenso EuGH, Rs. 424/97 – Haim, Slg. 2000, I 5123, Rn. 57; Rs. 108/96 – Mac Quen, Slg. 2001, I 837, Rn. 26; Rs. 243/01 – Gambelli, Slg. 2003, I 13031, Rn. 64 f.

207 EuGH, Rs. 72/10 – Costa, 16.02.2002 Rn. 59 gestützt auf EuGH, Rs. 109/04 – Kranemann, Slg. 2005, I-2421 Rn. 34; ebenso EuGH, Rs. 164/99 – Portugaia, Slg. 2002, I-787 Rn. 26; Rs. 385/99 – Müller-Fauré, Slg. 2003, I-4509 Rn. 72.

208 EuGH, Rs. 347/09 – Dickinger, 15.9.2011 Rn. 55.

hen werden.²⁰⁹ Gleiches gilt für die Sicherung der Einnahmen öffentlicher Einrichtungen.²¹⁰ Schließlich können Erwägungen rein administrativer Art, wie die Vereinfachung der Versicherungsaufsicht, Einschränkungen nicht rechtfertigen.²¹¹ Die Vermeidung „verwaltungstechnischer Nachteile“ ist kein zulässiger Grund für eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit.²¹²

c) Verhältnismäßigkeit und Kohärenz

aa) Die Rechtfertigung einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit setzt weiter voraus, „dass die fragliche Maßnahme geeignet ist, die Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten“.²¹³ Allgemeine Behauptungen können nicht genügen.²¹⁴ Weiter darf die Beschränkung nicht über das hinausgehen, „was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist“.²¹⁵ Das bedeutet zunächst, dass die ergriffene Maßnahme nur so weit gehen darf, wie das zur Zielerreichung wirklich notwendig ist. Dies gilt in sachlicher und in zeitlicher Hinsicht wie im Hinblick auf den persönlichen Anwendungsbereich.²¹⁶ Damit wird die Reichweite des Mittels beschränkt. Zudem darf es kein anderes Mittel geben, mit dem das verfolgte Ziel ebenso gut erreicht werden kann und das weniger in das Grundrecht eingreift.²¹⁷ „Wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, ist die am wenigsten belastende zu wählen“.²¹⁸ Aus die-

209 EuGH, Rs. 72/10 – Costa, 16.02.2012 Rn. 61 unter Berufung auf EuGH, Rs. 275/92 – Schindler, Slg. 1994, I 1039, Rn. 57, 60; Rs. 124/97 – Läärä, Slg. 1999, I 6067, Rn. 32, 37; Rs. 67/98 – Zenatti, Slg. 1999, I 7289, Rn. 35, 36; Rs. 243/01 – Gambelli, Slg. 2003, I 13031, Rn. 61 f.

210 EuGH, Rs. 288/89 – Gouda, Slg. 1991, I-4007 Rn. 29.

211 EuGH, Rs. 205/84 – Kommission/Deutschland, Slg. 1986, 3755 Rn. 54; Müller-Graff, in: Calliess/Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 56 Rn. 108.

212 EuGH, Rs. 212/08 – Zeturf, 30.6.2011 Rn. 48.

213 EuGH, Rs. 357/10 – Duomo, 10.5.2012 Rn. 42.

214 Vgl. EuGH, Rs. 159/10 – Fuchs, 21.7.2011 Rn. 77.

215 EuGH, Rs. 357/10 – Duomo, 10.5.2012 Rn. 42 unter Berufung auf EuGH, Rs. 384/08 – Attanasio, Slg. 2010, I-2055 Rn. 51.

216 Vgl. EuGH, Rs. 265/08 – Federutility, Slg. 2010, I-3377 Rn. 35-43.

217 EuGH, Rs. 288/89 – Gouda, Slg. 1991, I-4007 Rn. 15; Müller-Graff, in: Calliess/Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 56 Rn. 111; Holoubek, in: Schwarze (Hg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 56, 57 Rn. 118; ähnlich EuGH, Rs. 254/94 – APTI, Slg. 1996, I-4235 Rn. 55.

218 So zur allgemeinen Verhältnismäßigkeit EuGH, Rs. 375/96 – Zaninotto, Slg. 1998, I-6629 Rn. 63; ganz ähnlich EuGH, Rs. 296/93 – Frankreich/K, Slg. 1996, I-795 Rn. 30; Rs. 171/03 – Maatschap Toeters, Slg. 2004, I-10945 Rn. 51.

sem Grunde verlangt der Europäische Gerichtshof, dass ein Erlaubnis-system, das die Dienstleistungsfreiheit einschränkt, auf „objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien“ beruht.²¹⁹

Das im deutschen Verfassungsrecht anerkannte dritte Element der Verhältnismäßigkeit, die Angemessenheit oder Zumutbarkeit (Verhältnismäßigkeit i.e.S.), wird vom Europäischen Gerichtshof vielfach nicht als eigenes Teilelement ausgewiesen. Vielfach setzt der Gerichtshof zweistufig an und verlangt, dass das Mittel geeignet und erforderlich ist.²²⁰ Allerdings wird dann die Erforderlichkeit auf die Angemessenheit ausgeweitet.²²¹ Außerdem hat der Gerichtshof immer wieder verlangt, dass die die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Maßnahme „in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten berechtigten Interesse stehen“ muss.²²² Die Angemessenheit ist daher auch bei Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zu prüfen.²²³

bb) Gerade im Glücksspielbereich hat der Europäische Gerichtshof darauf hingewiesen, dass eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nur dann geeignet ist, „die Erreichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen“.²²⁴ Auch in anderen Bereichen kam dieses Kohärenzgebot zum Tragen.²²⁵ Es wird verfehlt, wenn das fragliche Ziel in vergleichbaren Zusammenhängen weitgehend

219 EuGH, Rs. 46/08 – Carmen Media, Slg. 2010, I-8149 Rn. 87; ebenso EuGH, Rs. 372/04 – Watts, Slg. 2006, I-4325 Rn. 116; Rs. 173/09 – Elchinov, Slg. 2010, I-8889, Rn. 44.

220 Etwa EuGH, Rs. 58/08 – Vodafone, Slg. 2010, I-4999, Rn. 51; Rs. 92/09 – Schecke, Slg. 2010, I-11063 Rn. 74.

221 Besonders deutlich zur grundrechtlichen Verhältnismäßigkeit EuGH, Rs. 92/09 – Schecke, Slg. 2010, I-11063 Rn. 76 f.

222 EuGH, Rs. 112/00 – Schmidberger, Slg. 2003, I-5659 Rn. 79; ähnlich EuGH, Rs. 60/00 – Carpenter, Slg. 2002, I-6279 Rn. 42; Rs. 482/01 – Orfanopoulos, Slg. 2004, I-5257 Rn. 99; Rs. 402/05 – Kadi, Slg. 2008, I-6351 Rn. 360.

223 Näher *Holoubek*, in: *Schwarze* (Hg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 56, 57 Rn. 108.

224 EuGH, Rs. 357/10 – Duomo, 10.05.2012 Rn. 42; ebenso EuGH, Rs. 316/07 – Stoß, Slg. 2010, 8069 Rn. 83; Rs. 176/11 – HIT, 12.07.2012 Rn. 22; Rs. 347/09 – Dickinger, 15.09.2011 Rn. 56; Rs. 470/11 – Garkalns, 19.07.2012, Rn. 37; dazu *Lippert*, EuR 2012, 94 ff.

225 EuGH, Rs. 169/07 – Hartlauer, Slg. 2009, I 1721, Rn. 55; Rs. 171/07 – Apothekerkammer, Slg. 2009, I-4171 Rn. 42.

unbeachtet bleibt.²²⁶ Die Voraussetzung verlangt, ähnlich wie das Erfordernis der Konsistenz im nationalen Verfassungsrecht,²²⁷ dass die Regelungen auch in Nachbarfeldern und -bereichen so ausgestaltet sind, dass das gesetzgeberische Ziel erreicht werden kann.

II. Rechtfertigung der Festlegung auf eine Landes-Lottogesellschaft

1. Rechtfertigungsgründe für die Festlegung auf eine Landes-Lottogesellschaft

a) Ordnungsrechtliche Gründe

Die ausführliche Präsentation der Vorgaben für die Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit erleichtert nunmehr die Klärung der Frage, wieweit die Festlegung der Vermittlungserlaubnisse auf eine Landes-Lottogesellschaft und die daraus resultierende Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gerechtfertigt werden kann. Weiter kann für die Belastungswirkung dieser Festlegung auf die entsprechenden Ausführungen zur Berufsfreiheit verwiesen werden. Dort zeigte sich, dass die Festlegung auf eine Landes-Lottogesellschaft für die gewerbliche Spielvermittlung eine schwere Belastung darstellt, zumal vor dem Hintergrund der sonstigen Schwierigkeiten, die sich für gewerbliche Spielvermittler aus dem Erlaubnisssystem und dessen Handhabung in der Praxis ergeben.²²⁸

Da die Regelungen des Glücksspiel-Staatsvertrags wie der Landesausführungsgesetze, insb. zur Festlegung der Erlaubnisse auf einen Veranstalter, auf ordnungsrechtliche Erwägungen gestützt werden, gilt es zunächst zu klären, ob die in § 1 GlüStV angesprochenen Ziele eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen können. Das wird man grundsätzlich zu bejahen haben, da insoweit den Mitgliedstaaten nicht unerhebliche Spielräume zukommen.²²⁹ Doch wurde bereits dar-

226 EuGH, Rs. 338/04 – Placanica, Slg. 2007, I-1891 Rn. 54. Der EuGH ordnet die Kohärenz der Eignung zu. Alternativ könnte man es dem legitimen Ziel zuordnen (so *Dederer*, NJW 2010, 199) oder es als eigenständiges Element ansehen (so *Lippert*, EuR 2012, 93).

227 Dazu BVerfGE 115, 276/310 f, 318; 121, 317/362 f.

228 Oben C II 1.

229 EuGH, Rs. 42/07 – Liga Portuguesa, Slg. 2009, I-7633 Rn. 59; Rs. 316/07 – Stoß, Slg. 2010, I-8069 Rn. 81, 83; Rs. 212/08 – Zeturf, 30.06.2011 Rn. 40 f. Dabei sollte allerdings beachtet werden, dass die Suchtgefahr im Lotteriebereich praktisch keine Rolle spielt.

gelegt, dass die Begrenzung der Erlaubnisse gewerblicher Spielvermittler auf eine Landes-Lottogesellschaft die ordnungsrechtlichen Ziele in keiner Weise fördert.²³⁰ Damit scheitert eine auf ordnungsrechtliche Gründe gestützte Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit.

b) Gründe der Wettbewerbsbeschränkung und Einnahmesicherung

Damit stellt sich die Frage, ob die Festlegung der Vermittlungserlaubnisse auf eine Landes-Lottogesellschaft und die daraus resultierende Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit auf die weiter in Betracht kommenden Ziele der Wettbewerbsbeschränkung und der Einnahmesicherung gestützt werden können. Was zunächst das Ziel der Wettbewerbsbeschränkung bzw. -vermeidung angeht, so handelt es sich um ein wirtschaftliches Motiv, das – wie dargelegt – generell nicht in der Lage ist, Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zu rechtfertigen.²³¹

Ähnlich stellt sich die Situation hinsichtlich des Ziels der Einnahmesicherung dar. Wie ausgeführt, vermag das Ziel, Einnahmen zu erzielen oder auch nur zu sichern, von vornherein Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nicht zu rechtfertigen. Darauf hat der Europäische Gerichtshof gerade im Glücksspielbereich immer wieder hingewiesen.²³² Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Einnahmen gemeinnützig verwandt werden.²³³

Insgesamt ist festzuhalten, dass für die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch die Festlegung der Vermittlungserlaubnisse auf eine bestimmte Landes-Lottogesellschaft keine Gründe vorliegen, die die Beschränkung rechtfertigen könnten.²³⁴ Ordnungsrechtliche Zwecke könnten zwar grundsätzlich die Beschränkung rechtfertigen, doch kommen sie nicht zum Tragen. Die anderen in Betracht kommenden Zwecke sind generell nicht geeignet, Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zu legitimieren.

230 Dazu oben C II 2 b.

231 Oben D I 2 b.

232 EuGH, Rs. 243/01 – Gambelli, Slg. 2003, I-13076 Rn. 61; Rs. 258/08 – Ladbroke, Slg. 2010, I-4757 Rn. 28; ebenso in anderen Bereichen etwa EuGH, Rs. 446/03 – Marks, Slg. 2005, I-10837 Rn. 44.

233 EuGH, Rs. 67/98 – Zenatti, Slg. 1999, I-7289 Rn. 36 f; Rs. 316/07 – Stoß, Slg. 2010, I-8069 Rn. 104.

234 Vgl. Koenig/Bache, ZfWG 2011, 10.

2. Weitere Anforderungen

a) Bestimmtheit, Verhältnismäßigkeit und Kohärenz

Die Überlegungen des letzten Abschnitts ergaben, dass die Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, die sich aus der Festlegung der Vermittlungserlaubnisse auf eine bestimmte Landes-Lottogesellschaft ergibt, bereits daran scheitert, dass geeignete Rechtfertigungsgründe fehlen. Wäre das anders, müssten nunmehr die sonstigen Voraussetzungen der Rechtfertigung geprüft werden.²³⁵ Da es darauf nicht ankommt, erübrigt sich ein näheres Eingehen auf diese Voraussetzungen. Einige Hinweise sind gleichwohl angebracht:

aa) Zunächst wäre bedeutsam, dass Erlaubnisse nur zulässig sind, soweit sie auf „im Voraus bekannten Kriterien“ beruhen.²³⁶ Punktuelle negative Vorgaben, wie sie im Glücksspiel-Staatsvertrag enthalten sind, genügen dafür nicht.²³⁷ Für die Beifügung von Nebenbestimmungen fehlen selbst solche Einschränkungen.²³⁸

bb) Weiter wäre die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Angemessenheit zu prüfen.²³⁹ Insoweit ist insb. zu bezweifeln, ob die Notwendigkeit von 15 Grunderlaubnissen für eine bundesweite Vermittlung von Lotterien, die ihrerseits bundesweit einheitlich durchgeführt werden, noch verhältnismäßig ist.²⁴⁰ Auch die kurze Befristung der Erlaubnisse im Bereich der gewerblichen Spielvermittler, deren Widerrufbarkeit und die Möglichkeit nachträglicher Nebenbestimmungen, müssen als übermäßig belastend eingestuft werden. Gleiches gilt schließlich für die Notwendigkeit von 15 Internet-Ausnahmeerlaubnissen für eine bundesweite Betätigung.

cc) Schließlich wäre bedeutsam, ob die Regelungen des Glücksspielrechts das verfolgte Anliegen „in kohärenter und systematischer Weise“ zu erreichen suchen. Insoweit wäre zu prüfen, ob die vielfache Besserstellung des Eigenvertriebs der Landes-Lottogesellschaften und der Lot-

235 Näher oben D I 2.

236 EuGH, Rs. 46/08 – Carmen Media, Slg. 2010, I-8149 Rn. 87; ebenso EuGH, Rs. 372/04 – Watts, Slg. 2006, I-4325 Rn. 116; Rs. 173/09 – Elchinov, Slg. 2010, I-8889, Rn. 44.

237 Koenig/Bache, ZfWG 2011, 7 f.

238 Oben B II 2 d; kritisch daher Koenig/Bache, ZfWG 2011, 8 f.

239 Vgl. oben D I 2 c.

240 Vgl. VG Berlin, Urt. v. 14.08.2008 – 35 A 15.08 Rn. 142 f – juris; VG Gelsenkirchen, Urt. v. 06.04.2011 – 7 K 6737/08 Rn. 111 – juris.

terieeinnahmer gegenüber den gewerblichen Spielvermittlern diesen Anforderungen gerecht wird.²⁴¹ Gleiches gilt für die Besserstellung der Pferdewetten im Internet und die Erlaubnisse für Sportwetten im länder einheitlichen Verfahren.²⁴² Schließlich passt der Umstand, dass die Erlaubnisse für gewerbliche Spielvermittler für jedes Land (wenn auch gebündelt) zu erteilen sind, nicht zur Konzentration der Entscheidungsbefugnisse im Glücksspielkollegium. All das stellt schwerlich eine kohärente und systematische Verfolgung der Ziele des § 1 GlüStV dar. Vielmehr deutet alles darauf hin, dass das verfolgte Ziel ein Zurückdrängen der gewerblichen Spielvermittler ist, damit die aus der Beschränkung von Lotterien folgenden Belastungen sich möglichst wenig im Bereich der Landes-Lottogesellschaften auswirken.

b) Einfluss des Wettbewerbsrechts

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, dass eine Beschränkung von Grundfreiheiten des AEU-Vertrags niemals gerechtfertigt werden kann, wenn die Beschränkung gegen sonstiges Primärrecht verstößt. Das gilt auch für die Dienstleistungsfreiheit. Die Beschränkung der Vermittlungserlaubnisse auf die jeweilige Landes-Lottogesellschaft stellt aber, wie dargelegt, wegen des fehlenden Nutzens für die ordnungsrechtlichen Zwecke einen Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 101 AEUV dar.²⁴³ Die Zwecke der Wettbewerbsbeschränkung und der Einnahmesicherung vermögen Einschränkungen i.S.d. Art. 106 Abs. 2 AEUV nicht zu rechtfertigen. Der Verstoß gegen das primärrechtliche Wettbewerbsrecht führt aber zwangsläufig zur Unzulässigkeit der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit.

III. Beachtung der unternehmerischen Freiheit

1. Bedeutung der EU-Grundrechte und deren Anwendbarkeit

Schließlich sei in aller Kürze noch auf den Umstand hingewiesen, dass die Regelungen des Glücksspielrechts auch an den Grundrechten der Europäischen Union zu messen sind. Seit 2009 besitzen diese Grundrechte in der „Charta der Grundrechte der Europäischen Union“ eine ausformulierte Grundlage. Die Charta ist gem. Art. 6 Abs. 1 EUV verbindliches Recht, und zwar im Rang der Verträge, also des primären

241 Zur Besserstellung des Eigenvertriebs und der Lotterieeinnahmer oben B II 1 a, B II 4 a aa.

242 Vgl. § 4a Abs. 2 S. 1, § 27 Abs. 2 S. 2 GlüStV.

243 Vgl. oben B I 3 c und C II 3 b.

EU-Rechts. Daneben sind weiterhin die vom Europäischen Gerichtshof als allgemeine Rechtsgrundsätze entwickelten Grundrechte gem. Art. 6 Abs. 3 EUV geltendes Unionsrecht. Da die Charta gem. Abs. 4 der Präambel zur Charta vor allem den Schutz der vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Grundrechte „sichtbarer“ machen soll, liegt es nahe, die Grundrechte der beiden Quellen aufeinander abgestimmt bzw. harmonisierend zu interpretieren.²⁴⁴ Den Ausgangspunkt bildet dabei sachgerechter Weise die ausformulierte Charta.

Die Mitgliedstaaten werden gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh durch die EU-Grundrechte nur verpflichtet, wenn sie EU-Recht durchführen.²⁴⁵ Der Begriff der „Durchführung“ ist dabei sehr weit zu verstehen und umfasst die Umsetzung wie den Vollzug des EU-Rechts durch die Mitgliedstaaten. Weiter sind die EU-Grundrechte beim Erlass nationaler Vorschriften zu beachten, soweit sie zu einer Einschränkung von Grundfreiheiten führen, wie der Europäische Gerichtshof immer wieder festgehalten hat.²⁴⁶ Eben das ist im vorliegenden Zusammenhang der Fall, da die Regelungen des Glücksspielrechts zu einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit führen.²⁴⁷ Soweit die EU-Grundrechte die Mitgliedstaaten binden, werden nicht nur diese selbst, sondern – als Folge der unmittelbaren Geltung der Grundrechte – auch alle ihre Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen verpflichtet.²⁴⁸

2. Der Schutz der unternehmerischen Freiheit

a) Die Gewährleistung der unternehmerischen Freiheit im Primärrecht

Die Grundrechte-Charta gewährleistet in Art. 15 Abs. 1 GRCh die Berufsfreiheit sowie das Recht zu arbeiten und in Art. 16 GRCh die unternehmerische Freiheit. Zur Abgrenzung der beiden Grundrechte enthält die Charta keine näheren Aussagen. Überwiegend wird zutreffend davon ausgegangen, dass der Schutz der unternehmerischen Betätigung allein in Art. 16 GRCh geregelt wird und die Berufsfreiheit des Art. 15

²⁴⁴ Jarass, Charta der Grundrechte, 2010, Einl. 33.

²⁴⁵ Ähnlich hat der EuGH schon früher die Grundrechte nur im Anwendungsbereich des EU-Rechts angewandt.

²⁴⁶ EuGH, Rs. 260/89 – Tiléorassi, Slg. 1991, I-2925 Rn. 43 f; Rs. 368/95 – Familiapress, Slg. 1997, I-3689 Rn. 24 f; Rs. 60/00 – Carpenter, Slg. 2002, I-6279 Rn. 40; dazu Jarass, NVwZ 2012, 460.

²⁴⁷ Dazu oben D I 1.

²⁴⁸ Rengeling/Szczekalla, Grundrechte in der EU, 2004, § 4 Rn. 330; Jarass, Charta der Grundrechte, 2010, Art. 51 Rn. 12.

GRCh insoweit zurücktritt.²⁴⁹ Wo dabei die Grenze genau verläuft, ist unsicher. Die Abgrenzung hängt wesentlich davon ab, was als unternehmerische Betätigung einzustufen ist. Die Frage soll hier nicht vertieft, sondern davon ausgegangen werden, dass die gewerbliche Spielvermittlung eine unternehmerische Tätigkeit i.S.d. Art. 16 GRCh darstellt. Würde man das verneinen, käme die Berufsfreiheit des Art. 15 GRCh zum Tragen, die keinen geringeren Schutz bietet.²⁵⁰

In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist die Berufsfreiheit bzw. die unternehmerische Freiheit in zahlreichen Entscheidungen als allgemeiner Rechtsgrundsatz eingestuft worden; vielfach sprach der Gerichtshof vom Recht der freien Berufsausübung.²⁵¹ In den meisten Fällen ging es dabei um unternehmerische Tätigkeiten. Daher ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur freien Berufsausübung auch im Rahmen des Art. 16 GRCh von größter Bedeutung. Der Schutz des Art. 16 GRCh kann schwerlich geringer ausfallen, da man anderenfalls auf das vom Gerichtshof als allgemeinen Rechtsgrundsatz entwickelte Grundrecht zurückgreifen müsste.²⁵²

b) Beeinträchtigung des Grundrechts und Folgen

Im vorliegenden Zusammenhang lässt sich nicht ernsthaft bestreiten, dass die Vorgaben des deutschen Glücksspielrechts in den Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit eingreifen, wird doch jede selbständige Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit geschützt.²⁵³ Im Einzelnen gehören zu den geschützten Tätigkeiten die Aufnahme und die Beendigung der unternehmerischen Betätigung sowie alle Aspekte ihrer Durchführung.²⁵⁴ Geschützt wird die Art und Weise, wie man sein Unternehmen betreibt.²⁵⁵ In den Schutzbereich fällt auch die Werbung.²⁵⁶

249 GA *Trstenjak*, Rs. 316/09 v. 24.11.2010, Rn. 83; *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak (Hg.), Handbuch der europäischen Grundrechte, 2006, § 30 Rn. 58; *Jarass*, EuGRZ 2011, 360 f.

250 *Jarass*, Charta der Grundrechte, 2010, Art. 15 Rn. 15 f.

251 EuGH, Rs. 210/03 – *Swedish Match*, Slg. 2004, I-11893 Rn. 72; Rs. 295/03 – *Alessandrini*, Slg. 2005, I-5673 Rn. 86; Rs. 120/06, Slg. 2008, I-6513 Rn. 183.

252 Vgl. die Ausführungen zu Art. 6 Abs. 3 EUV oben B I 1.

253 *Bernsdorff*, in: Meyer (Hg.), Charta der Grundrechte, 3. Aufl. 2011, Art. 16 Rn. 11; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 4, 2009, Rn. 2679.

254 *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 4, 2009, Rn. 2693 f.

255 EuGH, Rs. 116/82 – *Kommission/Deutschland*, Slg. 1986, 2519 Rn. 27; *Ruffert*, in: Ehlers (Hg.), Europ. Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 16.3 Rn. 13; *Jarass*, Charta der Grundrechte, 2010, Art. 16 Rn. 9.

256 GA *Trstenjak*, Rs. 316/09 v. 24.11.2010, Tz. 83.

Eingriffe in die unternehmerische Freiheit können allerdings gerechtfertigt sein, wird doch dieses Grundrecht kraft ausdrücklicher Aussage (nur) „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt“. Voraussetzung ist die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.²⁵⁷ Damit stellen sich hier ähnliche Fragen wie im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit.²⁵⁸ Auf eine Wiederholung sei daher verzichtet. Festgehalten sei nur, dass von einer „unternehmerischen Freiheit“ der gewerblichen Spielvermittler, angesichts der Vielzahl von Vorgaben des Glücksspielrechts, in keiner Weise mehr gesprochen werden kann. Die unternehmerischen Spielräume sind so eng, dass das Geschäftsmodell der gewerblichen Spielvermittlung von fachkundiger Seite in Frage gestellt wurde.²⁵⁹

Hinzuweisen ist schließlich auf den Umstand, dass Einschränkungen der Grundfreiheiten des AEU-Vertrags unzulässig sind, wenn sie mit den Grundrechten der Europäischen Union unvereinbar sind, wie der Europäische Gerichtshof festgehalten hat.²⁶⁰ Nationale Regelungen sind gegebenenfalls im Lichte der Grundrechte restriktiv auszulegen.²⁶¹ Die Vereinbarkeit der Regelungen des Glücksspielrechts mit der unternehmerischen Freiheit ist daher auch insoweit bedeutsam, als die Zulässigkeit von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zu beurteilen ist. Der Befund, dass die Festlegung der gewerblichen Spielvermittler auf eine bestimmte Landes-Lottogesellschaft mit der Dienstleistungsfreiheit nicht vereinbar ist, wird durch die Vorgaben der unternehmerischen Freiheit des Art. 16 GRCh verstärkt.

E. Zusammenfassung

I. Einfachgesetzliche und wettbewerbsrechtliche Vorgaben

1. Für die Veranstaltung von Lotterien besteht in Deutschland ein Staatsmonopol, sieht man einmal von den praktisch wenige be-

257 GA Tizzano, Rs. 453/03, Slg. 2005, I-10423 Tz. 75; GA *Trstenjak*, Rs. 316/09 v. 24.11.2010, Tz. 84; *Durner*, in: Merten/Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. VI/1, 2010, § 162 Rn. 38; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 4, 2009, Rn. 2758.

258 Näher dazu oben D II. Parallelen bestehen natürlich auch zur deutschen Berufsfreiheit; dazu oben C II.

259 Zur diesbezüglichen Stellungnahme der Monopolkommission oben C I 2 a bb.

260 EuGH, Rs. 60/00 – Carpenter, Slg. 2002, I-6279 Rn. 40.

261 EuGH, Rs. 260/89 – *Téléorassi*, Slg. 1991, I-2925 Rn. 43; Rs. 368/95 – *Familiapress*, Slg. 1997, I-3689 Rn. 24.

deutschen Lotterien mit geringem Gefährdungspotential ab. Der weitaus größte Teil der Umsätze entfällt dabei auf die von den Landes-Lottogesellschaften veranstalteten Lotterien des Deutschen Lotto- und Totoblocks. Diese Lotterien werden bundesweit einheitlich durchgeführt, auch im Interesse der möglichen Höchstgewinne. Die Erträge werden auf die Landes-Lottogesellschaften strikt nach ihrer regionalen Herkunft aufgeteilt.

2. Sowohl die Landes-Lottogesellschaften wie der Deutsche Lotto- und Totoblock unterliegen dem Verbot wettbewerbswidriger Vereinbarungen und Verhaltensweisen gem. Art. 101 AEUV. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof zahlreiche Absprachen der Landes-Lottogesellschaften für unzulässig und unwirksam erklärt. Darüber hinaus gelten die Vorgaben gem. Art. 106 Abs. 1 AEUV auch für den Glücksspiel-Gesetzgeber; die nach Art. 106 Abs. 2 AEUV möglichen Ausnahmen unterliegen strengen Anforderungen. Ein Erlaubnissystem ist nach diesen Vorgaben nur möglich, wenn es tatsächlich ordnungsrechtlichen Zwecken dient, nicht aber wenn es um die Erhöhung der Einnahmen der Landes-Lottogesellschaften oder um die Vermeidung von Wettbewerb zwischen den Gesellschaften geht.
3. Jede Vermittlung von Lotterien, insb. durch gewerbliche Spielvermittler, bedarf einer Erlaubnis, die im Ermessen der zuständigen Behörde steht. Für den Eigenvertrieb der Landes-Lottogesellschaften scheint das nicht zu gelten. Die Erlaubnisse werden befristet erteilt und im Bereich der gewerblichen Spielvermittlung zum Teil auf ein Jahr beschränkt. Das ist für die Vermittler angesichts der Unsicherheit einer Neuerteilung äußerst belastend.
4. Weiter wird die Erlaubnis gegenständlich beschränkt. Hinzu kommt eine Beschränkung der Erlaubnis auf Vermittlungen in dem betreffenden Land. Zudem wird die Landes-Lottogesellschaft festgelegt, an die die Einnahmen (mit gewissen Abzügen) abzuführen sind. Diese Beschränkung bereitet den Spielvermittlern besondere Probleme, weil sie Vereinbarungen mit allen Landes-Lottogesellschaften schließen müssen und diese unterschiedliche Geschäftsbedingungen und die technischen Anforderungen haben. V.a. aber ist damit der Spielvermittler umfassend von der jeweiligen Landes-Lottogesellschaft abhängig. Schließlich können die Erlaubnisse mit Nebenbestimmungen versehen werden, auch im Nachhinein, und sind jederzeit widerrufbar.

5. Für die Vermittlung von Lotterien im Internet ist eine weitere Erlaubnis erforderlich. Die Erlaubnis ist für gewerbliche Spielvermittler jeweils auf ein Land beschränkt. Sie steht im Ermessen und ist zu befristen. Sie kann mit Nebenbestimmungen beliebiger Art versehen werden, auch im Nachhinein, und ist frei widerruflich. Entsprechendes gilt für die zusätzlich erforderliche Erlaubnis für die Werbung in Fernsehen und Internet. Insoweit ist allerdings eine bundeseinheitliche Erlaubnis vorgesehen.
6. Ein Teil der Lotterieerlaubnisse ergeht im sog. ländereinheitlichen Verfahren: Es wird für das gesamte Bundesgebiet eine einheitliche Erlaubnis erteilt. Die gewerblichen Spielvermittler benötigen dagegen für jedes Land eine eigene Erlaubnis, deren Erteilung allerdings gebündelt erfolgt. Für die Internet-Ausnahmeerlaubnisse findet sich insoweit keine Regelung, sodass selbst die bloße Bündelung der Erlaubnisse nach dem Text des Staatsvertrags auf Schwierigkeiten stößt.
7. Im Innenverhältnis wird über die Erlaubnisse zur gewerblichen Spielvermittlung bindend durch das sog. Glücksspielkollegium entschieden. Das bedeutet eine bundesweite Zentralisierung, da Entscheidungen auch gegen den Willen des entsprechenden Landes möglich sind. Das steht in einem erstaunlichen Gegensatz zur Notwendigkeit von Vermittlungserlaubnissen für jedes Land.
8. Die Regelungen des Glücksspiel-Staatsvertrages führen dazu, dass zwischen den Landes-Lottogesellschaften jeder Wettbewerb vermieden und zudem sichergestellt wird, dass die in einem Land generierten Einnahmen vollständig der betreffenden Landes-Lottogesellschaft zugutekommen. Zudem machen die Regelungen deutlich, dass das Ziel, Lotterien zu beschränken, im Wesentlichen die gewerblichen Spielvermittler trifft, nicht aber die Landes-Lottogesellschaften und deren Annahmestellen.

II. Vorgaben der Berufsfreiheit

9. Die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG schützt jeden Geschäftsbetrieb und die damit verbundenen Tätigkeiten, insb. die Entscheidung über Mittel und Umfang der Betätigung und die Art der angebotenen Dienstleistungen. In persönlicher Hinsicht werden auch ausländische Unternehmen im EU-Bereich geschützt. Vor diesem Hintergrund kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Vorgaben des Glücksspielrechts zu den Vermittlungserlaubnissen einen Grundrechtseingriff darstellen.

10. Solche Eingriffe können gerechtfertigt sein, wenn sie auf einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage beruhen. Weiter muss ein legitimes Ziel verfolgt werden. Daran fehlt es im Bereich der Berufsfreiheit, wenn es um den Schutz vor Konkurrenz oder allein um fiskalische Interessen geht. Schließlich muss der Eingriff verhältnismäßig sein, wobei additive bzw. kumulative Eingriffe zusammen zu rechnen sind.
11. Die Beschränkung der Erlaubnisse für gewerbliche Spielvermittler auf eine bestimmte Landes-Lottogesellschaft hat für die Spielvermittler sehr belastende Auswirkungen, weil damit die Lottogesellschaft eine Monopolstellung erlangt und dem Spielvermittler die Bedingungen „diktieren“ kann. Das ist umso gewichtiger, als die gewerblichen Spielvermittler mit dem zunehmenden Eigenvertrieb der Landes-Lottogesellschaften im Internet und mit dem flächendeckenden Netz der (ebenfalls gewerblich tätigen) Annahmestellen zu konkurrieren haben, die der Einflussphäre der Landes-Lottogesellschaften zuzuordnen sind. Hinzu kommt, dass die Geschäftsbedingungen der Landes-Lottogesellschaften unterschiedlich ausfallen, was ein bundesweites Agieren der gewerblichen Spielvermittler zusätzlich erschwert. Schließlich muss zu jeder Landes-Lottogesellschaft eine technische Schnittstelle eingerichtet und unterhalten werden, was der Landesgesellschaft ermöglicht, ihren Konkurrenten, den gewerblichen Spielvermittlern Hürden aufzubauen.
12. Eine ordnungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsfreiheit setzt im vorliegenden Zusammenhang voraus, dass durch die fragliche Maßnahme eines der Ziele des § 1 GlüStV gefördert wird. Die Festlegung der Erlaubnisse für die gewerbliche Spielvermittlung auf eine bestimmte Landes-Lottogesellschaft trägt zu diesen Zielen in keiner Weise bei. Mit welcher Landes-Lottogesellschaft die Vermittler „arbeiten“, ist dafür völlig unerheblich. Damit scheidet eine ordnungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriff in die Berufsfreiheit aus.
13. Das Ziel, zwischen den Landes-Lottogesellschaften jeden Wettbewerb zu vermeiden und jeder Landes-Lottogesellschaft einen bestimmten Anteil an den Einnahmen zu sichern, stellt im Hinblick auf den durchaus gewichtigen Eingriff in die Berufsfreiheit kein legitimes Ziel dar. Bekräftigt wird dies durch den Umstand, dass die Festlegung der Vermittlungserlaubnisse auf eine bestimmte Landes-Lottogesellschaft ohne ordnungsrechtliche Rechtfertigung mit dem EU-Wettbewerbsrecht unvereinbar ist und daher auch

aus diesem Grunde Eingriffe in die Berufsfreiheit nicht rechtfertigen kann.

14. Die insoweit gelegentlich angeführte Lotteriehöhe der Länder ist nichts anderes als die Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz der Länder. Für die Festlegung der Vermittlungserlaubnisse auf eine bestimmte Landes-Lottogesellschaft ist daraus nichts zu entnehmen. Gleiches gilt für den Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens.

III. Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit sowie der unternehmerischen Freiheit

15. Die Vermittlung von Lotterien fällt in den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit, wenn irgendein grenzüberschreitender Aspekt besteht. Das ist angesichts der europaweiten Aktivitäten bestimmter Vermittlungsunternehmen unschwer gegeben. Sofern von diesen inländische Vermittler eingeschaltet werden, kommt auch diesen die Dienstleistungsfreiheit zugute. Die Dienstleistungsfreiheit wird daher durch die Regelungen des Glücksspielrechts beschränkt.
16. Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit setzen zwingende bzw. gewichtige Gründe des Allgemeininteresses voraus. Ausgeschlossen sind rein wirtschaftliche Gründe sowie das Ziel, Einnahmen des Staates oder einer öffentlichen Einrichtung zu erzielen. Weiter muss die Beschränkung verhältnismäßig sein, was ihre Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit voraussetzt. Zudem müssen die Mitgliedstaaten das Ziel kohärent und systematisch verfolgen.
17. Eine ordnungsrechtliche Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit ist grundsätzlich möglich. Was die Festlegung der Vermittlungserlaubnisse auf eine bestimmte Landes-Lottogesellschaft angeht, scheidet aber eine solche Rechtfertigung aus, da diese Regelung zu keinem der ordnungsrechtlichen Ziele des Glücksspielrechts etwas beiträgt.
18. Gründe der Wettbewerbsbeschränkung und der Sicherung von Einnahmen sind von vornherein nicht in der Lage, Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zu rechtfertigen. Insgesamt verletzt damit die Festlegung der Vermittlungserlaubnisse auf eine bestimmte Landes-Lottogesellschaft die Dienstleistungsfreiheit.
19. Wäre das anders, müssten noch die anderen Voraussetzungen der Rechtfertigung geprüft werden. Höchst zweifelhaft ist insoweit, ob die Erteilung der Erlaubnis, wie vom EuGH verlangt, nach im Vor-

hinein bekannten Kriterien erfolgt und ob die Regelungen des Erlaubnissystems dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerecht werden. Hinzu kommt, dass die gravierende Schlechterstellung der gewerblichen Lotterievermittlung gegenüber dem Eigenvertrieb der Lottogesellschaften und den Annahmestellen nicht als kohärent eingestuft werden kann. Im Vergleich zu den Erlaubnissen für Pferdewetten im Internet und für Sportwetten fehlt es zudem an der äußeren Kohärenz. Schließlich müsste die Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit an dem Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht scheitern.

20. Die Grundrechte der Europäischen Union sind anwendbar, weil es zu einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit kommt und damit nach der Rechtsprechung des EuGH der Tatbestand der Durchführung von Unionsrecht gegeben ist. Folglich ist die unternehmerische Freiheit des Art. 16 GRCh zu wahren, bei deren Auslegung die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Berufsfreiheit zu beachten ist.
21. Vor dem Hintergrund des Befundes, dass von einer unternehmerischen Freiheit der gewerblichen Spielvermittler wegen der dramatischen Einschränkungen durch das Glücksspielrecht schwerlich noch die Rede sein kann, sprechen gute Gründe für eine Verletzung des Grundrechts des Art. 16 GRCh. Unabhängig von der eigenständigen Verletzung dieses Grundrechts verstärkt die Feststellung eines schweren Eingriffs in die unternehmerische Freiheit des Art. 16 GRCh den Befund zur Verletzung der Dienstleistungsfreiheit.

Kartellrechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Glücksspieländerungsstaatsvertrag 2012 (GlüÄndStV)

Prof. Dr. Andreas Fuchs, LL.M. (Michigan))*

Übersicht

- A. Gegenstand des Rechtsgutachtens
 - I. Sachverhalt und rechtlicher Hintergrund
 - II. Aufgabenstellung und Gang der Untersuchung
- B. Kartellrechtswidrige Tätigkeitsbeschränkungen für gewerbliche Lottovermittler durch die Vorschriften des GlüÄndStV und die Erlaubnispraxis
 - I. Anknüpfungspunkte für die kartellrechtliche Prüfung
 - II. Kartellrechtliche Verantwortlichkeit der Bundesländer
 - 1. Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. 101 AEUV
 - a) Die Bundesländer als Normadressaten
 - b) Die Landeslottogesellschaften als öffentliche Unternehmen
 - c) Mögliche wettbewerbswidrige Maßnahme
 - aa) Angebotsmarkt für Lotto
 - bb) Nachfragemarkt für Lottovermittlungsleistungen

*) Geschäftsführender Direktor des Instituts für Handels- und Wirtschaftsrecht der Universität Osnabrück. Der Beitrag wurde als Rechtsgutachten im Auftrag des Deutschen Lottoverbands e.V. erstellt (Stand 10. Juni 2013). Wesentliche Passagen der Teile B. und C. sind eingegangen in den Aufsatz des Verfassers „Wettbewerbsbeschränkungen beim Online-Vertrieb von Glücksspielen“, ZWeR 2013, 233 – 271.

- (1) Länderspezifischer Erlaubnisvorbehalt für die gewerbliche Lottovermittlung
 - (2) Unterbindung einer die Landesgrenzen überschreitenden Quervermittlung von Lottotipps
 - d) Mögliche Einwände gegen das Vorliegen einer kartellrechtswidrigen Marktaufteilung
 - aa) Verfassungsrechtliche Vorgaben zur strikten Durchsetzung des Regionalitätsprinzips bei der Lottovermittlung?
 - bb) Fehlende Schutzwürdigkeit eines (potentiell) bundesweiten Provisionswettbewerbs?
 - e) Spürbarkeit und Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels
 - f) Keine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV
 - g) Zwischenergebnis
 2. Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV
 - a) Marktbeherrschende Stellung der Landeslottogesellschaften
 - b) Schaffung einer naheliegenden Missbrauchsmöglichkeit
 - aa) Gefahr der Ausbeutung durch unangemessen niedrige Provisionen
 - bb) Behinderung und mögliche Verdrängung von Lottovermittlern
 3. Ausnahme nach Art. 106 Abs. 2 AEUV?
 4. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 101, 102 AEUV
- III. Eigenständige kartellrechtliche Verantwortlichkeit der Lottogesellschaften?
1. Fortsetzung der früheren kartellrechtswidrigen Gebietsabsprachen durch die Lottogesellschaften?
 - a) Ausgangspunkt
 - b) Voraussetzungen für den Nachweis einer Kartellabsprache
 2. Abgestimmte Verhaltensweise über den wechselseitigen Verzicht auf einen Marktzutritt?
 - a) Unternehmerischer Handlungsspielraum zur Ausdehnung der Tätigkeit in andere Bundesländer
 - b) Verhaltenskoordinierung zwischen den Lottogesellschaften beim Verzicht auf Vertriebsaktivitäten in anderen Bundesländern?

3. Spürbare Wettbewerbsbeschränkung und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels
- C. Wettbewerbsverstoß durch den vereinheitlichten Internetvertrieb der Lottogesellschaften über die gemeinsame Plattform „www.lotto.de“
 - I. Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV/§ 1 GWB
 1. Vereinbarung zwischen Unternehmen
 2. Wettbewerbsbeschränkung
 - a) Nähere Charakterisierung der Art der Kooperation
 - b) Beschränkbarer Wettbewerb zwischen den Landeslottogesellschaften
 - aa) Kein aktueller Wettbewerb zwischen den Lottogesellschaften
 - bb) Bestehen eines potentiellen Wettbewerbsverhältnisses
 - c) Zweck und Wirkungen der Vertriebskooperation über www.lotto.de
 - aa) Absicherung der regionalen Marktaufteilung zwischen den Landeslottogesellschaften
 - bb) Vereinheitlichung von Wettbewerbsparametern beim Lottoangebot?
 - cc) Vereinheitlichung von Wettbewerbsparametern bei der Nachfrage nach vertriebsunterstützenden externen Dienstleistungen (insbesondere Werbung, Spielvermittlung)
 - dd) Wettbewerbswidrige Auswirkungen auf dem bundesweiten Nachfragemarkt nach gewerblicher Lottovermittlung?
 - ee) Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels
 - II. Freistellung vom Kartellverbot gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV/§ 2 GWB?
 1. Effizienzgewinne
 2. Angemessene Beteiligung der Verbraucher
 3. Unerlässlichkeit der Beschränkung
 4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs
 - III. Ausnahme nach Art. 106 Abs. 2 AEUV?
- D. Kartellrechtliche Anforderungen und Grenzen für Provisionsvereinbarungen
 - I. Kartellrechtliche Anknüpfungspunkte im Überblick

- II. Anforderungen aus dem Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB 2005
 - 1. Die Landeslottogesellschaften als Normadressaten
 - a) Marktbeherrschende Stellung der Lottogesellschaften
 - b) Marktstarke Stellung der Lottogesellschaften
 - 2. Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist
 - 3. Ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlung
 - a) Ungleiche Behandlung der privaten Lottovermittler und der Lottoannahmestellen
 - b) Fehlen eines sachlich gerechtfertigten Grundes
 - aa) Allgemeine Grundsätze
 - bb) Die maßgeblichen Interessen der Beteiligten
 - (1) Interessen der Lottogesellschaften
 - (2) Interessen der gewerblichen Lottovermittler
 - cc) Mögliche Ansatzpunkte für eine sachliche Rechtfertigung und Interessenabwägung
 - (1) Relevante wirtschaftliche und rechtliche Besonderheiten beim Vertrieb über Lottoannahmestellen?
 - (2) Größere Freiheit der Konditionengestaltung auf Seiten marktbeherrschender Nachfrager?
 - (3) Kontrahierungspflicht zu angemessenen Konditionen

E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

A. Gegenstand des Rechtsgutachtens

I. Sachverhalt und rechtlicher Hintergrund

Die Veranstaltung von Lotto ist in Deutschland Ländersache. Die 16 Bundesländer unterhalten dazu eigene Lottogesellschaften, die jeweils für das Gebiet ihres Landes mit der Veranstaltung von Lotto betraut sind. Auch wenn in der Praxis zweimal wöchentlich einheitliche Ziehungen von Lottozahlen („6 aus 49“) für das gesamte Bundesgebiet stattfinden, liegen rechtlich parallele Lottospiele der einzelnen Länder vor, an denen jeweils die dort ansässigen oder sich bei der Tippabgabe aufhaltenden Spieler teilnehmen.

Die Landeslottogesellschaften sind mehrheitlich in privatrechtlicher Form organisiert, stehen aber unter der Kontrolle der jeweiligen Landesverwaltung und sind daher als Unternehmen der öffentlichen Hand einzuordnen. Die Veranstaltung von Lotto ist allein diesen staatlich kontrollierten Lottogesellschaften vorbehalten (vgl. § 10 Abs. 2 GlüÄndStV). Die Länder erfüllen damit ihre ordnungsrechtliche Aufgabe, zur Erreichung der Ziele des § 1 GlüÄndStV ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherzustellen (§ 10 Abs. 1 Satz 1 GlüÄndStV). Für die Aufgabenwahrnehmung in ihrem Territorium müssen die Länder nicht unbedingt landeseigene Unternehmen einsetzen; vielmehr können sie nach § 10 Abs. 2 Satz 2 GlüÄndStV auf der Basis eines Verwaltungsabkommens auch Unternehmen mit maßgeblicher Beteiligung der öffentlichen Hand eines anderen Landes damit betrauen.

Die Lottogesellschaften der einzelnen Bundesländer besitzen jeweils für das Gebiet ihres angestammten „Heimatbundeslandes“ eine Konzession sowohl für die Veranstaltung als auch für den Vertrieb von Lotto. Ungeachtet der einzelstaatlichen Lottohoheit wäre eine länderübergreifende Tätigkeit von Landeslottogesellschaften zur Gewinnung von Spielern auf der Basis entsprechender Erlaubnisse anderer Länder aber grundsätzlich möglich. Nach derzeitiger Sachlage strebt allerdings ersichtlich keine der staatlichen Lottogesellschaften eine bundeslandsübergreifende Tätigkeit an. Vielmehr ist die aktuelle Situation bei der Veranstaltung von Lotto durch die Existenz von 16 nebeneinander jeweils für ihr Bundesland bestehenden faktischen Monopolstellungen der staatlichen Lottogesellschaften gekennzeichnet.

Der vorliegend in allererster Linie relevante Bereich der gewerblichen Vermittlung von Lottoangeboten ist nach dem GlüÄndStV zwar nicht

generell für den Wettbewerb verschlossen, aber erheblichen Beschränkungen unterworfen:

Zunächst gilt ein länderspezifischer Erlaubnisvorbehalt nicht nur für die Veranstaltung, sondern auch für die Vermittlung von Glücksspielen (§ 4 Abs. 1 GlüÄndStV). Gewerbliche Vermittler dürfen ihre Tätigkeiten nur auf der Basis einer entsprechenden Erlaubnis ausüben, wobei getrennte Konzessionen für die stationäre (sog. „terrestrische“) und die Online-Vermittlung über das Internet einzuholen sind. Das grundsätzliche Verbot des Veranstaltens und Vermittelns von Glücksspielen im Internet (§ 4 Abs. 4 GlüÄndStV) ist insoweit gelockert worden, als die Länder unter bestimmten Voraussetzungen den Eigenvertrieb und die Vermittlung von Lotterien im Internet gestatten können (§ 4 Abs. 5 GlüÄndStV).

Dabei muss in jedem Bundesland, in dem die Vermittlertätigkeit angestrebt wird, eine separate Erlaubnis beantragt werden (vgl. § 9 Abs. 4 GlüÄndStV). Nur für die allgemeine Erlaubnis zur Vermittlung von Glücksspielen nach § 4 Abs. 1 GlüÄndStV, nicht dagegen für die Spielvermittlung im Internet sieht § 19 Abs. 2 GlüÄndStV eine verfahrensmäßige Erleichterung insoweit vor, als diese Erlaubnisse von der zuständigen niedersächsischen Glücksspielaufsichtsbehörde gebündelt erteilt werden, wenn gewerbliche Spielvermittler in allen oder mehreren Ländern tätig werden. Diese formelle Vereinfachung des Antrags- und Erlaubniserteilungsverfahrens zielt auf den Abbau bürokratischer Hindernisse, führt aber nicht etwa zu einer bundesweit einheitlich erteilten Erlaubnis. Vielmehr bleibt es bei einer bloßen Zusammenfassung von landesspezifischen Einzelerlaubnissen.¹⁾ Materiellrechtlich liegen trotz der gebündelten Erteilung nach wie vor separate Erlaubnisse für jedes Land vor, die auch jeweils nur unter Beachtung etwaiger Besonderheiten des einschlägigen Landesgesetzes erteilt werden. Für eine umfassende Vermittlungstätigkeit im gesamten Bundesgebiet – online und offline – müssen daher insgesamt 32 Einzelerlaubnisse eingeholt werden. Für die Legalisierung dazugehöriger Werbemaßnahmen im Fernsehen und im Internet sind nochmals zwei weitere Erlaubnisse erforderlich.

Für die privaten Vermittler besteht kein Rechtsanspruch, in irgendeinem Bundesland überhaupt eine Erlaubnis zu erhalten (§ 4 Abs. 2 S. 3 GlüÄndStV). Die Erteilung von Erlaubnissen ergeht vielmehr im Rahmen einer Ermessensentscheidung der Aufsichtsbehörden.

Vgl. Dietlein in Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, Einf Rn. 4 („gesammelte Einzelerlaubnisse“); Schmitt, *ibidem*, § 19 GlüStV Rn. 35.

Bei der behördlichen Erteilung einer solchen Vermittlungserlaubnis durch einzelne Bundesländer wird das sog. Regionalitätsprinzip verfolgt. Dies bedeutet einerseits, dass jedes Bundesland jeweils nur die Vermittlung im eigenen Land legalisiert. Zweitens wird in Form von behördlichen Auflagen sichergestellt, dass ein Vermittler trotz vorhandener Erlaubnisse in mehreren Bundesländern die in einem Bundesland akquirierten Spielscheine nicht bei der Lottogesellschaft eines anderen Landes seiner Wahl einreichen darf. Durch Auflagen wird also die landesgrenzenübergreifende Quervermittlung von Spielscheinen unterbunden. Teilweise finden sich entsprechende Beschränkungen der gewerblichen Spielvermittlung auf die in dem jeweiligen Bundesland oder nach dem betreffenden landespezifischen Ausführungsgesetz erlaubten Glücksspiele auch in den Glücksspielgesetzen der Länder.²

Darin sehen die gewerblichen Lottovermittler ein zentrales Wettbewerbshemmnis: Das Regionalitätsprinzip unterbinde den Provisionswettbewerb zwischen den 16 Lottogesellschaften und führe zu einer künstlichen Parzellierung der Lottovertriebsgebiete sowie zur Aufteilung der mit dem gewerblichen Lottovertrieb erzielten Einnahmen unter den Ländern. Die Einführung der länderspezifischen Erlaubnisvorbehalte solle offensichtlich die früheren ausdrücklichen Gebietsabsprachen der Lottogesellschaften untereinander im sog. Blockvertrag ersetzen, die vom BKartA und der Rechtsprechung in den Jahren 2006 bis 2008 als kartellrechtswidrig beurteilt worden sind.³

Hinzu kommt, dass die Lottogesellschaften für den Vertrieb von Lotto im Internet eine gemeinsame Plattform unter der Adresse „www.lotto.de“ errichtet haben. Diese federführend durch die niedersächsische Lottogesellschaft für alle Landeslottogesellschaften betreute Website bietet potentiellen Lottospielern im gesamten Bundesgebiet eine zentrale, einheitlich gestaltete und bundesweit beworbene Anlaufstation für die Abgabe von Lottotipps im Internet. Um das Portal nutzen

2 Vgl. die Angaben bei *Schmitt* in Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 19 GlüStV Rn. 41; s. zur Auflagenpraxis, die Einnahmen aus Vermittlungen in einem Bundesland allein der entsprechenden Landeslottogesellschaft zuzuleiten, auch *Jarass*, Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht (ZfWG) 2013, 1, 4, der dies als „Festlegung auf eine bestimmte Landes-Lottogesellschaft“ bezeichnet.

3 Vgl. BKartA, Beschluss v. 23.8.2006, B 10-148/05, WuW/E DE-V 1251 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*; bestätigt durch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8.6.2007 – VI Kart 15/06 (V), WuW/E DE-R 2003 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*; BGH, Beschluss v. 14.8.2008 – KVR 54/07, WuW/E DE-R 2408 – *Lottoblock*.

zu können, müssen sich die Spieler mit Benutzername und Passwort anmelden oder sich registrieren. Bei der erstmaligen Registrierung werden im ersten Schritt auf www.lotto.de zuerst E-Mail-Adresse und Postleitzahl erfasst. Hiernach erfolgt eine Weiterleitung an die regionale Webseite der Lotteriegesellschaft des jeweiligen Bundeslandes, wo die Registrierung nach Angabe von Adresse und Zahlungsdaten abgeschlossen wird. Bei einem neuen Aufruf der Seite www.lotto.de können die registrierten Nutzer sich dann mit ihren regionalen Zugangsdaten (Benutzername, Passwort) anmelden und Spielscheine über eine einheitliche Eingabemaske auf www.lotto.de ausfüllen. Die abgegebenen Tippscheine werden dann jeweils an die Lottogesellschaft desjenigen Bundeslands weitergeleitet, in dem der Nutzer seinen Wohnsitz hat. Trotz des bundesweit einheitlichen Internetauftritts wird auf diese Weise eine strikte regionale Aufteilung der Kunden aufrechterhalten: Nach den einheitlichen Vorbereitungsschritten über den gemeinsamen Internetauftritt findet der eigentliche Vertragsabschluss dezentral entsprechend dem regionalen Tätigkeitsbereich der Lottogesellschaften statt. Die Tippscheine und die dafür gezahlten Entgelte werden ausnahmslos jeweils der Gesellschaft im Heimatbundesland des Lottospielers zugeordnet. Nach Ansicht der gewerblichen Lottovermittler stellt auch dieser gemeinsame Internetvertrieb der staatlichen Lottogesellschaften eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung dar.

II. Aufgabenstellung und Gang der Untersuchung

Vor diesem Hintergrund sollen im vorliegenden Rechtsgutachten auftragsgemäß die folgenden drei Fragenkomplexe einer eingehenden kartellrechtlichen Untersuchung unterzogen werden:

1. Sind die Regelungen des GlüÄndStV in Bezug auf das Erfordernis separater länderspezifischer Erlaubnisse für die Vermittlung von Lotto durch gewerbliche Spielvermittler und die aktuelle Auflagenpraxis bei der Erteilung der Erlaubnisse (Verbot einer die Landesgrenzen überschreitenden Quervermittlung von Spieltipps) mit dem Kartellrecht vereinbar?
2. Führt der gemeinsame Internetvertrieb der Landeslottogesellschaften über die Website „www.lotto.de“ zu einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung?
3. Welche kartellrechtlichen Grenzen bestehen für den Abschluss von Provisionsvereinbarungen zwischen den Landeslottogesellschaften und gewerblichen Spielvermittlern?

Im Folgenden wird daher zunächst in Abschnitt B. geprüft, ob sich aus den Regelungen des GlüÄndStV zum länderspezifischen Erlaubnisvorbehalt bezüglich der gewerblichen Spielvermittlung bzw. der dazu ergangenen Verwaltungspraxis kartellrechtswidrige Beschränkungen für die Tätigkeit der gewerblichen Spielvermittler ergeben. Die Ausführungen konzentrieren sich dabei auf das europäische Kartellrecht, da es sich insoweit um mögliche staatlich veranlasste und/oder implementierte Wettbewerbsbeschränkungen handelt, denen das GWB grundsätzlich keine Grenzen setzen kann. Im Vordergrund steht die mögliche kartellrechtliche Verantwortung der Bundesländer, nur ergänzend ist zu prüfen, ob insoweit auch die Landeslottogesellschaften selbst möglicherweise gegen kartellrechtliche Vorschriften verstoßen. Nicht Gegenstand der Untersuchung ist, ob die auf die sog. Lotteriehochheit gestützten Monopole der Länder im Bereich der Lotterieveranstaltung und die Erlaubnissysteme den Anforderungen genügen, die der Europäische Gerichtshof für damit verbundene Beschränkungen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit formuliert hat. Auch wenn diesbezüglich gewichtige Zweifel in der Rechtswissenschaft geäußert werden, soll zum Zwecke der vorliegenden Untersuchung unterstellt werden, dass die Regelungen insoweit mit dem europäischen Primärrecht vereinbar sind.

In Abschnitt C. geht es sodann um die Frage eines möglichen Wettbewerbsverstoßes durch den vereinheitlichten Internetvertrieb der Lottogesellschaften über die gemeinsame Plattform „www.lotto.de“.

In Abschnitt D. werden schließlich die kartellrechtliche Anforderungen und Grenzen für Provisionsvereinbarungen einer näheren Prüfung unterzogen. Nach einem Überblick über mögliche Ansatzpunkte konzentrieren sich die Erörterungen insoweit auf die aus dem Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB 2005 abzuleitenden Vorgaben. (Die systematische Neuordnung der Vorschriften zur Missbrauchskontrolle marktbeherrschender und marktstarker Unternehmen nach §§ 19, 20 GWB 2005 durch die am 30.6.2013 in Kraft getretene 8. GWB-Novelle in §§ 18 – 20 GWB n.F. hat insoweit keine maßgeblichen Änderungen mit sich gebracht).

Die Untersuchung schließt mit einer thesenartigen Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (E.).

B. Kartellrechtswidrige Tätigkeitsbeschränkungen für gewerbliche Lottovermittler nach Maßgabe der Vorschriften des GlüÄndStV und der Erlaubnispraxis

1. Anknüpfungspunkte für die kartellrechtliche Prüfung

Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass die direkt durch oder auf der Grundlage des GlüÄndStV verwirklichten Beschränkungen für die bundesweite Tätigkeit von gewerblichen Lottovermittlern einerseits zu einer künstlichen Marktaufteilung zwischen den Landeslottogesellschaften sowohl beim Angebot von Lotto als auch bei der Nachfrage nach Vermittlungsdienstleistungen, andererseits zu einer wettbewerbswidrigen Behinderung oder gar Verdrängung der Lottovermittler vom Markt führen könnten. Im Gegensatz zur früheren Situation zu Zeiten des sog. Blockvertrags fehlt es zwar an einer ausdrücklichen kartellrechtswidrigen Gebietsabsprache zwischen den Landeslottogesellschaften.⁴ Mit der Implementierung und Ausweitung des sog. Regionalitätsprinzips durch den GlüÄndStV wird jedoch aufgrund staatlicher Maßnahmen ein vergleichbarer Zustand herbeigeführt: Nicht nur die eigene Vertriebstätigkeit der Landeslottogesellschaften bleibt auf ihr jeweiliges Heimatland beschränkt, sondern auch ihre Nachfrage nach Vermittlungsleistungen. Letzteres wird über die Instrumente des in §§ 4 Abs. 1, 9 Abs. 4 GlüÄndStV vorgesehenen länderspezifischen Erlaubnisvorbehalts für die Aufnahme einer Vermittlungstätigkeit durch private Anbieter sowie das in der Verwaltungspraxis durch behördliche Auflagen festgesetzte Verbot der landesgrenzenübergreifenden Quervermittlung von Spielscheinen umgesetzt.

Die Beschränkung der wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten privater Lottovermittler geht somit zumindest nicht unmittelbar auf eine entsprechende privatautonome Absprache zwischen den Landeslottogesellschaften oder ein entsprechendes einseitiges Verhalten der jeweiligen Gesellschaft in ihrem Bundesland zurück. Die Parzellierung der

4 Vgl. BKartA, Beschluss vom 23.8.2006, B10-92713-Kc148/05, WuW/E DE-V 1251 (Rn. 531 ff.) – *Deutscher Lotto- und Totoblock* (die in der WuW nicht abgedruckten Rn. sind mit dem vollständigen Text der Entscheidung über die Homepage des BKartAs www.bundeskartellamt.de zugänglich); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.6.2007 VI-Kart 15/06 (V), WuW/E DE-R 2003 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*; BGH, Beschluss vom 14.8.2008 – KVR 54/07, WuW/E DE-R 2408, 2418 ff. (Rn. 77 ff.) – *Lottoblock*.

deutschen Lottowirtschaft beruht vielmehr in erster Linie auf dem länderspezifischen Erlaubnisvorbehalt im GlüÄndStV, den dazu ergangenen Glücksspielgesetzen der Länder und deren Anwendung durch eine das sog. Regionalitätsprinzip umsetzende behördliche Genehmigungspraxis. Beim Abschluss des Staatsvertrags und seiner anschließenden Umsetzung in Landesrecht sowie beim Erlass der regional begrenzten Vermittlungserlaubnisse im Wege von Verwaltungsakten mit Nebenbestimmungen haben die Bundesländer jeweils hoheitlich im engeren Sinn gehandelt. Da sie die betreffenden Regelungen jedenfalls nicht ausschließlich aus fiskalischen Gründen, sondern zumindest auch zur Verwirklichung der ordnungsrechtlichen Zielsetzungen nach § 1 GlüÄndStV (insbes. Eindämmung der Spielsucht, Kanalisierung des Glücksspiels, Jugendschutz) erlassen haben,⁵ fehlt es an einem hinreichenden Bezug zur Ausübung einer selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeit am Markt. Die Voraussetzungen des funktionalen Unternehmensbegriffs⁶ sind daher insoweit nicht erfüllt, so dass ein direkter Verstoß gegen die Art. 101, 102 AEUV (bzw. §§ 1 ff, 19 ff. GWB) durch die Bundesländer ausscheidet.

Eine kartellrechtliche Verantwortlichkeit der Bundesländer könnte sich jedoch aus Vorschriften des europäischen Unionsrechts ergeben, sofern sie durch ihr hoheitliches staatliches Handeln einen wettbewerbswidrigen (Rechts-)Zustand herbeigeführt oder Wettbewerbsverstöße der Lottogesellschaften vorgeschrieben, gefördert oder erleichtert haben. Anknüpfungspunkt ist zum einen die allgemeine unionsrechtliche Loyalitäts- und Treuepflicht. In ständiger Rechtsprechung hat der EuGH aus Art. 4 Abs. 3 EUV (früher: Art. 10 EG) i.V.m. Art. 101 ff. AEUV (sowie dem „Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb“, früher Art. 3 Abs. 1 lit. g EG) eine Pflicht der Mitgliedstaaten abgeleitet, keine wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen von Unternehmen vorzuschreiben, zu fördern oder zu erleichtern.⁷ Darüber hinaus dürfen die Mitgliedstaaten nach Art. 106 Abs. 1 AEUV „in bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren“ keine dem Vertrag und insbe-

5 Vgl. zum GlüStV 2008 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 17.9.2008, VI-Kart 19/07 (V), WuW/E DE-R 2436, 2440 f., Rn. 41 – *Lotto Rheinland-Pfalz*.

6 Vgl. dazu statt aller *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 6 ff. m.w.N.

7 Siehe hierzu nur EuGH, Urteil vom 21.9.1988, Slg. 1988, 4769, Tz. 16 – *Van Eycke*; EuGH, Urteil vom 1.10.1998, Slg. 1998, I-5955, Tz. 26 – *Librandi* m.w.N.

sondere den Wettbewerbsregeln nach Art. 101 ff. AEUV „widersprechenden Maßnahmen treffen oder beibehalten“.

Nach h.M. ist eine staatliche Verantwortlichkeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 101 ff. AEUV akzessorisch zum kartellrechtswidrigen Verhalten derjenigen Unternehmen, an die sich die vermeintlich rechtswidrige staatliche Maßnahme richtet.⁸ Die bloße staatliche Veranlassung oder Herbeiführung eines wettbewerbswidrigen Zustands oder einer entsprechenden Verhaltensweise genügt daher nicht, vielmehr müssen alle Voraussetzungen für einen eigenständigen Kartellrechtsverstoß durch die Unternehmen als Adressaten der staatlichen Maßnahme erfüllt sein. Verbleibt ihnen infolge der staatlichen Maßnahme kein eigener Handlungsspielraum, fehlt es an einer Verletzung der Wettbewerbsvorschriften durch unternehmerisches Verhalten, so dass insoweit auch kein akzessorischer Verstoß des Mitgliedstaats gegen seine allgemeine Loyalitätspflicht nach Art. 4 Abs. 3 AEUV im Sinne der *effet-utile*-Rechtsprechung des EuGH vorliegt.

Bei mitgliedstaatlichen Maßnahmen in Bezug auf öffentliche und privilegierte Unternehmen erweitert jedoch Art. 106 Abs. 1 AEUV (i.V.m. Art. 101, 102 AEUV) die mitgliedstaatlichen Pflichten. Diese Norm ist eine besondere Ausprägung der allgemeinen unionsrechtlichen Loyalitätspflicht nach Art. 4 Abs. 3 EUV. Letztere wird daher aus Gründen der Gesetzesspezialität als subsidiär gegenüber einer staatlichen Verantwortlichkeit nach Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 101 f. AEUV verstanden.⁹ Ein Verstoß gegen dieses spezielle Verbot wettbewerbswidriger mitgliedstaatlicher Maßnahmen ist daher vorrangig zu prüfen.

II. Kartellrechtliche Verantwortlichkeit der Bundesländer

1. Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 101 AEUV

Die europäischen Wettbewerbsregeln gelten nicht nur für private Unternehmen, sondern setzen auch dem Handeln der Mitgliedstaaten Grenzen, wenn sie unmittelbar oder mittelbar durch Einflussnahme auf mit ihnen eng verbundene Unternehmen handeln. Dabei müssen sie den Schutz des Systems unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt beachten (früher ausdrücklich als Vertragsziel in Art. 3 Abs. 1 lit. g EG verankert, nunmehr in „Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und

8 Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 86 EG Rn. 4.

9 Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 86 EG Rn. 4 m.w.N.

den Wettbewerb“ enthalten) und dürfen keine Maßnahmen treffen, die den Wettbewerbsregeln widersprechen oder ihre praktische Wirksamkeit aushebeln. Über die allgemeine Loyalitätspflicht des Art. 4 Abs. 3 EUV (früher: Art. 10 EG) hinaus sind nach Art. 106 Abs. 1 AEUV auch solche wettbewerbswidrigen staatlichen Maßnahmen „in Bezug auf“ öffentliche und privilegierte Unternehmen verboten, bei denen diesen Unternehmen kein eigener Handlungsspielraum verbleibt.¹⁰

a) Die Bundesländer als Normadressaten

Das Verbot des Art. 106 Abs. 1 AEUV richtet sich gegen Maßnahmen der Mitgliedstaaten. Zu den Normadressaten gehören aber nicht nur diese selbst, sondern auch alle sonstigen Gebietskörperschaften regionaler oder lokaler Art,¹¹ wie die auf der Basis von Art. 106 Abs. 3 AEUV erlassene Transparenzrichtlinie klarstellt.¹² Damit gilt die Norm auch für die Bundesländer als die föderalen Gliedstaaten des Mitgliedstaats Bundesrepublik Deutschland.¹³

b) Die Landeslottogesellschaften als öffentliche Unternehmen

Die Eigenschaft als „Unternehmen“ gemäß Art. 106 Abs. 1 AEUV richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen zum kartellrechtlichen Unternehmensbegriff.¹⁴ Die Lottogesellschaften der Bundesländer üben wirtschaftliche Tätigkeiten aus und sind daher unproblematisch Unternehmen i.S.d. Art. 101 ff. AEUV; beim Deutschen Lotto- und Totoblock handelt es sich um eine Vereinigung von Unternehmen.¹⁵ Insbesondere ist die Rechts- bzw. Organisationsform der landeseigenen Lottogesellschaften unerheblich, d.h. ob sie (als GmbH oder Anstalt des öffentlichen Rechts) selbst Veranstalter von Lotterien sind oder diese nur im Rahmen von Geschäftsbesorgungsaufträgen für das jeweilige Land durchführen. Maßgebend ist allein, dass die Lottogesellschaften ge-

10 *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 86 EG Rn. 4.

11 *Dallmann* in Schulte/Just, Kartellrecht, 2012, Art. 106 AEUV Rn. 5 a.E.

12 Richtlinie 2006/111/EG, ABl. EG 2006 Nr. L 318/17.

13 So auch BGH, Beschluss v. 8.5.2007, KVR 31/06, WuW/E DE-R 2035, 2040 Rn. 35 – *Lotto im Internet*.

14 *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, Art. 86 EG Rn. 14.

15 Dazu bereits ausführlich BKartA, Beschluss vom 23.8.2006, B10-92713-Kc148/05, Rn. 74-102 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*; BGH, Beschluss vom 8.5.2007, WuW/E DE-R 2035, 2038 Rn. 23 – *Lotto im Internet*; BGH, Beschluss vom 9.3.1999, WuW/E DE-R 289, 291 f. – *Lottospielgemeinschaft*.

schäftliche Tätigkeiten ausüben, indem sie auf der Grundlage von privatrechtlich ausgestalteten Vertragsbeziehungen im Geschäftsverkehr tätig werden und zumindest auch mit Mitteln des Marktes Einnahmen erzielen.¹⁶

Ein Unternehmen ist i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AEUV „öffentlich“, wenn staatliche Stellen rechtlich oder faktisch die Möglichkeit zur Einwirkung auf dessen Tätigkeiten besitzen.¹⁷ Die Lotteriegesellschaften der Länder sind Teil der öffentlichen Hand und damit weitreichenden Einwirkungsmöglichkeiten der sie jeweils kontrollierenden Bundesländer ausgesetzt. Sie sind daher „öffentliche Unternehmen“ i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AEUV.

c) Mögliche wettbewerbswidrige Maßnahmen

Zu prüfen ist, ob die Verabschiedung und Umsetzung des GlüÄndStV eine staatliche Maßnahme darstellt, die den Vorschriften des AEUV, insbesondere den Wettbewerbsregeln, widerspricht. Anknüpfungspunkt für die Herbeiführung und Aufrechterhaltung eines dem Art. 101 AEUV widersprechenden Zustands ist die territoriale Parzellierung des Marktes sowohl für das Angebot von Lottospielen als auch für die gewerbliche Lottovermittlung. Ersteres hängt eng mit der Zuständigkeit der Bundesländer für das Glücksspielrecht zusammen, wobei allerdings zu prüfen bleibt, ob aus der sog. „Lottohoheit“ zwingend auch eine vollständige Abschottung von auf das jeweilige Bundesland bezogenen Märkten für das Angebot von Lotto folgt. Auf dem Markt für Lottovermittlungsleistungen resultiert die regionale Marktaufteilung aus der Einführung eines länderspezifischen Erlaubnisvorbehalts für die Vermittlungstätigkeit und aus der Absicherung des sog. Regionalitätsprinzips durch ein über Auflegen implementiertes Verbot der Landesgrenzen übergreifenden Quervermittlung von Lottotipps, mit der eine Abwanderung der in einem Bundesland akquirierten Spielumsätze in andere Länder verhindert werden soll.

aa) Angebotsmarkt für Lotto

Das Angebot von Lottospielen ist trotz einer einheitlichen bundesweiten Ziehung der Lottozahlen sowie der über den DLTB bundeseinheitlich festgelegten Gewinnklassen und Quoten rechtlich auf 16 ein-

16 So bereits ausführlich BKartA, Beschluss vom 22.11.1995, B8-92713-VX-127/95, WuW/E BKartA 2849, 2855 – *Gewerbliche Spielgemeinschaften*; BGH, Beschluss vom 09.03.1999, WuW/E DE-R 289, 291 – *Lottospielgemeinschaft*.

17 *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 86 Rn. 16 f.

zelne Veranstaltungen der jeweiligen Landeslottogesellschaften aufgespalten. Dementsprechend unterscheiden sich die Konditionen für die Teilnahme an den Lottospielen partiell voneinander (z.B. hinsichtlich der Bearbeitungsentgelte). Fraglich ist, ob sich deshalb auch der ökonomisch relevante Markt für das Angebot von Lotto räumlich auf das jeweilige Bundesland beschränkt oder bundesweit abzugrenzen ist.

In seinem Beschluss „*Deutscher Lotto- und Totoblock*“ aus dem Jahre 2006 hat das BKartA einen sachlich relevanten „Markt für Lotterien“ abgegrenzt, der die verschiedenen Erscheinungsformen des Zahlenlottos unter Ausgrenzung anderer Produkte wie Sportwetten sowie der Angebote von Spielbanken, Spielhallen usw. umfasse.¹⁸

In räumlicher Hinsicht hat das BKartA dabei seinerzeit wegen unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen – wie beispielsweise regional unterschiedlicher Bearbeitungsentgelte für die Annahme von Lottospielscheinen – separate Märkte für jedes einzelne Bundesland zugrundegelegt.¹⁹

Diese Auffassung erscheint grundsätzlich zutreffend. Für die Abgrenzung ist primär auf die Sicht der Marktgegenseite, hier also des (potentiellen) Lottospielers, abzustellen. Seine Ausweichmöglichkeiten für die Befriedigung desselben Bedarfs (hier insbesondere die Teilnahme am Zahlenlotto) sind insoweit begrenzt, als für ihn eine Abgabe von Spiel Tipps, jedenfalls bei terrestrischen Annahmestellen, grundsätzlich nur in der näheren Umgebung seines Wohnortes in Betracht kommen dürfte. Es ist nicht zu erwarten, dass er etwa zur Ausnutzung günstigerer Bearbeitungsentgelte längere Fahrten, z.B. in ein anderes Bundesland, auf sich nehmen würde. Auch wenn in den Grenzgebieten der Bundesländer wegen unterschiedlicher Bearbeitungsgebühren oder Zusatzausspielungen durchaus Anreize für Einzelspieler und private Spielgemeinschaften bestehen können, ihre Tipps in einer grenznahen Annahmestelle eines anderen Bundeslandes abzugeben,²⁰ vermag dieser geringfügige Randwettbewerb die räumliche Begrenzung des Marktes nicht in Frage zu stellen.

18 BKartA, Beschluss vom 23.8.2006, B10-92713-Kc148/05, Rn. 171-190 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*.

19 BKartA, Beschluss vom 23.8.2006, B10-92713-Kc148/05, Rn. 191-219 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*.

20 Vgl. für die Zeit vor Implementierung einer strikten Regionalisierung BKartA, Beschluss vom 22.11.1995, B8-92713-VX-127/95, WuW/E BKartA 2849, 2855 – *Gewerbliche Spielgemeinschaften*; BGH, WuW/E DE-R 289, 293 – *Lottospielgemeinschaft*.

Etwas anderes könnte für die Abgabe von Spieltipps über das Internet gelten. Insoweit wäre es jedenfalls theoretisch problemlos möglich, sich ohne größeren Aufwand aus den parallelen Angeboten diverser Landeslottogesellschaften für dasjenige mit den geringsten Nebenkosten oder den komfortabelsten Eingabe- und Spieltippmöglichkeiten zu entscheiden. Umgekehrt könnten über das Internet auch die diversen Landeslottogesellschaften als Anbieter „ihrer“ Lottospiele den Kontakt zu Kunden außerhalb ihres Sitzbundeslandes finden. Fraglich ist jedoch, ob in der Kundenakquise über das Internet ein eigenständiger Markt für das Angebot von Lotto liegt. Unterschiedliche Vertriebswege für dasselbe Produkt können zwar in bestimmten Fällen durchaus getrennte Märkte bilden. So hat das EuG bezüglich des Vertriebs von Flugtickets wegen der Unersetzlichkeit der Dienstleistungen von Reisebüros für Fluggesellschaften einen selbständigen Markt für „Luftverkehrsmittlerdienste“ angenommen und von dem (über Telefon und Internet bedienten) „Luftverkehrsmarkt“ getrennt. Die Konstellation im vorliegenden Fall ist damit aber nur partiell vergleichbar: Die Landeslottogesellschaften nutzen neben dem stationären Vertrieb über Lottoannahmestellen zum einen die Dienste der gewerblichen Lottovermittler, zum anderen sind sie selbst im Online-Direktvertrieb tätig. Daher ist fraglich, ob sie auf die Dienste der unabhängigen gewerblichen Vermittler gerade über das Internet in einem solchen Maße angewiesen sind, dass gesonderte Wettbewerbsverhältnisse für diesen Teilbereich bestehen. Hinzu kommt, dass auch die gewerblichen Lottospielvermittler auf unterschiedlichen Wegen (nicht nur im Internet, sondern auch auf dem Postweg) potentielle Spieler ansprechen. Zwar unterscheidet sich die Tätigkeit der gewerblichen Lottovermittler erheblich von der stationärer Lottoannahmestellen, so dass insoweit ein eigenständiger (Nachfrage-)Markt für nicht-terrestrische Vermittlungsdienste existiert. Dagegen bestehen zumindest derzeit keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass eine (weitere) Unterteilung des Angebotsmarkts für Lotto nach unterschiedlichen Vertriebswegen und insbesondere nach dem bei der Kundenakquise eingesetzten Medium (Internet, Post) angezeigt wäre, um die Wettbewerbsverhältnisse zutreffend abzubilden. Die künftige Entwicklung zu einem eigenständigen Markt erscheint zwar nicht ausgeschlossen. Gegen die Annahme, dass die Lottovermittlung über das Internet bereits einen eigenständigen (sachlich oder räumlich relevanten) Markt darstellt, spricht aber der weitere Umstand, dass die Lottospieler im Internet derzeit keine Auswahl zwischen den Angeboten von Lottogesellschaften aus unterschiedlichen Bundesländern haben, sondern jeweils

ausschließlich dem Angebot der Lottogesellschaft ihres Heimatbundeslandes zugeführt werden können.

Auch wenn die bundeseinheitliche Ausspielung der Lottozahlen gegenüber dem Kunden den Eindruck eines einheitlichen, bundesweit vertriebenen Produkts erweckt, führen die teilweise voneinander abweichenden Konditionen für die Spielteilnahme in den einzelnen Bundesländern zu entsprechend unterschiedlichen räumlich relevanten Märkten. Für die folgende Untersuchung wird daher mit dem BKartA davon ausgegangen, dass nach wie vor 16 separate räumlich relevante Lotteriemärkte nebeneinander bestehen. Dabei verfügt die jeweilige Landeslottogesellschaft für ihr Bundesland praktisch über ein Monopol zum Angebot von Lottospielen.

Fraglich ist aber, ob diese räumliche Separierung der Lotteriemärkte sowie die Schaffung länderbezogener Monopole für das Angebot von Lottospielen als eine dem europäischen Kartellrecht widersprechende wettbewerbswidrige staatliche Maßnahme qualifiziert werden kann. Im Ergebnis dürfte das zu verneinen sein, sofern eine hinreichende ordnungsrechtliche Legitimation besteht und die unionsrechtlichen Anforderungen an ein durch nationale Regelungen begründetes Glücksspielmonopol beachtet werden. Beides wird hier *arguendi causa* unterstellt. Das Glücksspielwesen ist eine unionsrechtlich nicht harmonisierte Materie mit der Folge, dass keine gegenseitige Anerkennung mitgliedstaatlicher Erlaubnisse geboten ist.²¹ Es bleibt vielmehr „Sache der einzelnen Mitgliedstaaten, in diesen Bereichen im Einklang mit ihrer eigenen Wertordnung zu beurteilen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der betroffenen Interessen ergeben“.²² Die Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen fällt zwar in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV)²³ wie auch der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV).²⁴ Diese Grundfreiheiten können allerdings aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls eingeschränkt werden. Ob die deutsche Glücksspielregulierung die dabei nach der Rechtsprechung

21 Näher hierzu Dietlein in Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, Einf Rn. 28 ff. m.w.N.

22 S. nur EuGH Slg. 2010 I-6921 Rn. 37 – *Sjöberg* u.a.; Slg. 2009 I-7633 Rn. 57 – *Liga Portuguesa*; ferner z.B. Ur t. v. 8.9.2010, Rs. C 316/07, MMR 2010, 844 – *M. Stoß*.

23 EuGH, Ur t. v. 8.9.2010, Rs. C 316/07, MMR 2010, 844 Rn. 57 – *M. Stoß*; NJW 2004, 139 Rn.54 – *Gambelli*; Dietlein in Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, Einf Rn. 30 f. m.w.N.

24 Hierzu insbes. EuGH, NJW 2004, 139 Rn. 59 f. – *Gambelli*; Dietlein in Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, Einf Rn. 32 f.

des EuGH zu beachtenden inhaltlichen Anforderungen erfüllt, insbesondere im Hinblick auf das Kohärenzgebot und die Verhältnismäßigkeit der Beschränkungen,²⁵ ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens. Festzuhalten bleibt hier lediglich, dass der EuGH – wie auch das BVerfG in seiner Rechtsprechung zur Berufsfreiheit²⁶ – eine lediglich fiskalisch motivierte Zielsetzung, d.h. die Generierung von staatlichen Einnahmen, nicht als legitimes Allgemeininteresse anerkennt, das eine Beschränkung rechtfertigen könnte.²⁷ Vor diesem Hintergrund können mitgliedstaatliche Monopole grundsätzlich nur dann unionsrechtlich gerechtfertigt werden, wenn damit tatsächlich Allgemeinwohlziele verfolgt werden. Dementsprechend hat der EuGH die Errichtung eines staatlichen Monopols oder anderer Ausschließlichkeitsrechte als verhältnismäßiges Mittel zur Bekämpfung der mit dem Glücksspiel verbundenen Gefahren anerkannt, soweit dieses Ziel kohärent und systematisch verfolgt wird und die Regelungen tatsächlich geeignet sind, die gesetzgeberischen Ziele sicherzustellen;²⁸ gleiches gilt für die Regulierung bestimmter Vertriebswege (z.B. des Internet)²⁹ oder die Beschränkung von Werbemaßnahmen.³⁰

Soweit die Schaffung eines staatlichen Monopols aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt ist, kann der damit unmittelbar verbundene Ausschluss des Wettbewerbs (hier für das Angebot von Lotterien) nicht als eine wettbewerbswidrige staatliche Maßnahme i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AEUV qualifiziert werden. Das muss auch gelten, wenn es sich nicht um ein einziges nationales Monopol für das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaates handelt, sondern aufgrund seiner föderalen

25 Näher hierzu z.B. *Dietlein* in Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, Einf Rn. 40 ff. m.w.N.; ausführlich zum Kohärenzbegriff etwa *Schorkopf*, DÖV 2011, 260 ff.; *Koenig/Bovelet*, ZfWG 2011, 236 ff. Vgl. zur Kohärenzfrage jüngst auch den Vorlagebeschluss BGH v. 24.1.2013 – I ZR 171/10, WRP 2013, 515 (zur Problematik der temporär erheblich liberaleren Neuregelung des Glücksspielrechts in Schleswig-Holstein).

26 S. nur BVerfG, Urt. v. 28.03.2006, NJW 2006, 1261, 1263 Rn. 107; *Dietlein* in Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, Einf Rn. 17 m.w.N.

27 EuGH Slg. 1999, I-7289 = EuZW 2000, 151 Rn. 36 – *Zenatti*; Slg. 2003, I-13031 = NJW 2004, 139 Rn. 61 f. – *Gambelli*; Urt. v. 8.9.2010, Rs. C 316/07, MMR 2010, 844, 848 Rn. 104 f. – *M.Stoß*.

28 Vgl. EuGH Slg. 2009 I-7633 Rn. 64 – *Liga Portuguesa*; Slg. 2010 I-4695 Rn. 30 f. – *Sporting Exchange*; Slg. 2010 I-8149 Rn. 57 ff. – *Carmen Media*; Slg. 1999, I-7289 = EuZW 2000, 151 Rn. 35 f. – *Zenatti*.

29 EuGH Slg. 2010, I-4695 Rn. 34 ff. – *Sporting Exchange*.

30 EuGH Slg. 2010, I-Rn. 40 – *Sjöberg*.

Struktur und der Gesetzgebungskompetenz der Gliedstaaten jeweils auf die regionalen Einheiten beschränkte Monopole errichtet werden. Die daraus resultierende räumliche Marktsegmentierung stellt somit (bei unterstellter Unionsrechtskonformität des Glücksspielmonopols) keinen Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV dar.

bb) Nachfragemarkt für Lottovermittlungsleistungen

Die gewerbliche Lottovermittlung ist im Gegensatz zum Angebot von Lottospielen nicht von vornherein aufgrund der Lotteriehochheit der Länder auf die räumlichen Grenzen eines Bundeslandes beschränkt. Vielmehr wurden in der Vergangenheit (bis zum Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags 2008, der zum 1.1.2009 die gewerbliche Lottovermittlung über das Internet ausnahmslos untersagte und im Übrigen zu einem faktischen, fast vollständigen Einbruch der gewerblichen terrestrischen Vermittlung führte) Lottospielverträge insbesondere über das Internet bundesweit vermittelt. Dies könnte nunmehr wieder geschehen. Die Vermittler werden daran jedoch gehindert, indem sie einerseits für jedes Bundesland gesondert die Erlaubnis zur Vermittlung von Lotto beantragen müssen und ihnen andererseits durch Nebenbestimmungen (oder vertraglich)³¹ auferlegt wird, die im Geltungsbereich eines Landes generierten Spielscheine nur bei der jeweiligen Landeslotteriegesellschaft abzugeben und keine Landesgrenzen übergreifende Quervermittlung vorzunehmen.

(1) Länderspezifischer Erlaubnisvorbehalt für die gewerbliche Lottovermittlung

Die bloße Einführung eines länderspezifischen Erlaubnisvorbehalts für die gewerbliche Lottovermittlungstätigkeit dürfte allerdings per se – und ungeachtet der Vereinbarkeit mit sonstigem Unionsrecht, etwa den Grundfreiheiten – noch keinen Kartellrechtsverstoß im Sinne einer unzulässigen Marktaufteilung begründen. Denn der Erlaubnisvorbehalt als solcher hat noch nicht die Wirkung, dass den in der Lottowirtschaft tätigen Unternehmen irgendein Handeln positiv vorgeschrieben oder negativ untersagt würde. Die territorial begrenzte Geltung der erteilten Erlaubnis, Lottotipps „einzusammeln“ und an eine Lottogesellschaft weiterzuleiten, hindert weder die jeweilige Landeslottogesellschaft noch gewerbliche Lottovermittler, weitere Erlaubnisse für die Eigenvermarktung bzw. für die Vermittlung zu beantragen bzw. nach deren Erteilung letztlich bundesweit tätig zu sein.

31 Eine solche Regelung befindet sich z.B. in einem dem Gutachter vorliegenden Vertrag zwischen NordwestLotto und der Tipp24 AG vom 16.2.2012.

Dementsprechend hat auch der BGH in seiner Entscheidung vom 14.8.2008 in der Sache „Deutscher Lotto- und Totoblock“ zu dem mit dem seinerzeit geltenden Glücksspielstaatsvertrag ab 1.1.2008 neu eingeführten und im jetzigen GlüÄndStV unverändert übernommenen Erlaubnisvorbehalt ausgeführt:

„Der mit dem Glücksspielstaatsvertrag eingeführte Erlaubnisvorbehalt verstößt nicht gegen Art. 10, 81 EG, da er als solcher keine Kartellabsprache der Lottogesellschaften fördert. Zweck des Erlaubnisvorbehalts ist vielmehr, die anerkannten Gemeinwohlbelange des § 1 GlüStV ordnungsrechtlich durchzusetzen. Der EuGH hat erst jüngst die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit eines solchen Erlaubnisvorbehalts in einer zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 43, 49 EG) ergangenen Entscheidung bestätigt. Die gewerblichen Spielvermittler müssen sich daher, soweit sie nicht in den Genuss der Übergangsregelung des § 25 Abs. 2 GlüStV kommen, um die für ihre Tätigkeit jeweils erforderlichen landesrechtlichen Erlaubnisse bemühen. Dabei gestattet § 4 Abs. 2 GlüStV, wonach auf die Erlaubnis kein Anspruch besteht, keine willkürliche oder auf sachfremde Erwägungen gestützte Ablehnung. Vielmehr ist über die Erlaubnis gem. § 40 VwVfG nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden (in diesem Sinne auch Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag, zu § 19 Abs. 3). Sachfremd und daher ermessensfehlerhaft wäre insbesondere eine Ablehnung der Erlaubnis zum Zweck einer Einnahmemaximierung der Lottogesellschaften oder mit dem Ziel der Wettbewerbsbeschränkung, um die angefochtene Verfügung zu umgehen. Wird die Erlaubnis versagt, können die Spielvermittler dagegen etwaige verfassungs- oder europarechtliche Bedenken vor den VG geltend machen.“³²

Diese Erwägungen gelten nicht nur für das allgemeine unionsrechtliche Loyalitätsgebot nach Art. 10 EG (nunmehr Art. 4 Abs. 3 EUV), sondern auch für seine spezielle Ausprägung in Art. 106 Abs. 1 AEUV. Der Erlaubnisvorbehalt als solcher bewirkt noch keine kartellrechtswidrige Marktaufteilung. Vielmehr ist hier – arguendi causa – auch unter dem neuen GlüÄndStV davon auszugehen, dass die Notwendigkeit zur Beantragung einer gesonderten behördlichen Erlaubnis für die Spielvermittlung im Prinzip eine legitime ordnungsrechtliche Grundlage besitzen kann und unter dieser Voraussetzung als solche nicht gegen europäisches Kartellrecht verstößt. Auch der Umstand, dass die rechtliche Wirkung einer eingeholten Erlaubnis immer regional begrenzt bleibt und lediglich

³² BGH, Beschluss vom 14.8.2008, WuW/E DE-R 2408, 2418 Rn. 67 – *Lottoblock* (Hervorhebungen hinzugefügt).

für das jeweilige Bundesland gilt, reicht für sich allein noch nicht aus, um eine kartellrechtswidrige territoriale Marktaufteilung zu begründen. Vielmehr ist sie – isoliert betrachtet – lediglich die Konsequenz aus der Zuständigkeit der Bundesländer für das Glücksspielrecht und der räumlich begrenzten Geltung des jeweiligen Landesrechts.

Etwas anderes könnte sich allerdings aus der tatsächlichen Handhabung der Erlaubniserteilung durch die jeweils zuständigen Landesbehörden ergeben. Wie der BGH in seinem Beschluss vom 14.8.2008 zu treffend festgestellt hat, wäre eine Versagung oder künstliche Beschränkung von Vermittlungserlaubnissen aus anderen als ordnungsrechtlichen Gründen, etwa „zum Zweck der Einnahmenmaximierung der Lottogesellschaften oder mit dem Ziel der Wettbewerbsbeschränkung“, sachfremd und demnach fehlerhaft.³³ Hiergegen könnten sich die betroffenen Unternehmen, denen aus sachfremden Gründen keine oder nur eine inhaltlich beschränkte Erlaubnis zur Spielvermittlung erteilt worden ist, primär vor den Verwaltungsgerichten mit dem Ziel wehren, eine (unbeschränkte) Erlaubnis zu erhalten.³⁴

Eine unzulässige regionale Marktaufteilung lässt sich daraus aber nur ableiten, wenn es sich insofern nicht um fehlerhafte Einzelfallentscheidungen handelt, sondern um eine systematische behördliche Genehmigungspraxis. Auffallend ist insofern, dass bislang offenbar alle von Landesbehörden erteilten Erlaubnisbescheide für gewerbliche Lottovermittler strenge Auflagen zur Durchsetzung des Regionalitätsprinzips enthalten,³⁵ namentlich ein durchgängiges Verbot der länderübergreifenden Quervermittlung von Spielscheinen.

(2) Unterbindung einer die Landesgrenzen überschreitenden Quervermittlung von Lottotipps

In einer derart weitreichenden und strikten Durchsetzung des Regionalitätsprinzips, die bundesweit tätige Lottovermittler nicht nur zwingt, für jedes Bundesland eine separate Erlaubnis zu beantragen, sondern darüber hinaus selbst im Falle der Erteilung mehrerer Erlaubnisse keine bundeslandsübergreifende Quervermittlung von Spielscheinen zulässt, könnte eine kartellrechtswidrige Marktaufteilung durch eine staatliche Maßnahme i.S.d. Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 101 AEUV liegen. Mit dieser

33 BGH, Beschluss vom 14.8.2008, WuW/E DE-R 2408, 2418 Rn. 67 a.E. – *Lotto-block*.

34 BGH, Beschluss vom 14.8.2008, WuW/E DE-R 2408, 2418 Rn. 67 a.E. – *Lotto-block*.

35 Angaben des DLV e.V.

Fragestellung hat sich der BGH in seinem Beschluss vom 14.8.2008 seinerzeit nicht befasst.

Die Vermittlung von Spielscheinen ist (anders als derzeit die Veranstaltung von Lotto) nicht etwa schon ihrer Art nach von vornherein auf die Grenzen eines Bundeslands begrenzt. Nach den allgemeinen Grundsätzen der Marktabgrenzung, insbesondere unter Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts, handelt es sich vielmehr bei dem Markt für (das Angebot von und die Nachfrage nach) Lottovermittlungsleistungen wirtschaftlich um einen bundesweiten Markt.

Die etablierte, über das Glücksspielkollegium (§ 9a GlüStV) abgestimmte Behördenpraxis in allen Bundesländern, bei der Erteilung von Erlaubnissen an gewerbliche Spielvermittler durch Nebenbestimmungen sicherzustellen, dass es zu keiner Quervermittlung von Lottoscheinen an andere Landeslottogesellschaften kommt, bezweckt und bewirkt eine regionale Marktaufteilung zwischen den Lottogesellschaften im Widerspruch zu Art. 101 AEUV: Den gewerblichen Spielvermittlern wird jeweils nur die Vermittlung der im selben Bundesland akquirierten Spielscheine an die Landeslottogesellschaft gestattet. Auf diese Weise wird ein Wettbewerb zwischen den Lottogesellschaften der Länder um die Vermittlung von Tippscheinen aus jeweils anderen Regionen ausgeschlossen. Den Vermittlern steht als (potentieller) Vertragspartner für die Abnahme der in einem Bundesland akquirierten Spielscheine jeweils nur die betreffende Landeslottogesellschaft zur Verfügung. Ein (Nachfrage-)Wettbewerb zwischen verschiedenen Lottogesellschaften mit Inaussichtstellung möglichst attraktiver Vermittlungsprovisionen findet nicht mehr statt. Diese Ausschaltung des Provisionswettbewerbs zwischen den Lottogesellschaften bei der Nachfrage nach Vermittlungsleistungen entspricht im Ergebnis einem strikten Gebietskartell zwischen den Lottogesellschaften.

Allerdings wird den Landeslottogesellschaften direkt kein bestimmtes Verhalten im Wettbewerb vorgeschrieben. Das im Wege von Auflagen zum jeweiligen Verwaltungsakt implementierte Verbot der länderübergreifenden Quervermittlung von Spielscheinen beschränkt unmittelbar zunächst nur die Handlungsfreiheit der Erlaubnisadressaten bei der Entfaltung ihrer Vermittlungstätigkeit. Es erschöpft sich jedoch nicht darin, den Anbietern von Spielvermittlungsleistungen bestimmte Optionen für ihre wettbewerbliche Tätigkeit zu nehmen, sondern bewirkt darüber hinaus eine künstliche Segmentierung des (bundesweiten) Marktes für die gewerbliche Spielvermittlung: Jede Landeslottogesellschaft fragt eine solche Vermittlungsleistung nur noch für die in ihrem Heimatbundesland

ansässigen Lottospieler nach und wird (zumindest faktisch) effektiv daran gehindert, gewerblich vermittelte Lottoscheine von Spielern außerhalb des eigenen Bundeslandes annehmen zu können, selbst wenn sie das wollte. Der Umstand, dass die Lottogesellschaften derzeit keine entsprechenden Ambitionen haben, ändert nichts daran, dass hierdurch die wettbewerbliche Handlungsfreiheit der Lottogesellschaften (zumindest mittelbar) eingeschränkt wird.

Denn aufgrund der einheitlichen, abgestimmten Praxis der Länderbehörden gibt es keine gewerblichen Spielvermittler mehr, die (ohne einen Verstoß gegen die entsprechende Auflage in ihrer Erlaubnis) einer Landeslottogesellschaft auch Spielscheine aus anderen Bundesländern zuführen könnten. Die behördliche Auflagenpraxis zur Unterbindung einer Quervermittlung von Lottoscheinen aus anderen Bundesländern beschränkt somit indirekt zugleich die Handlungsfreiheit der Landeslottogesellschaften bei ihrer Nachfrage nach gewerblichen Spielvermittlungsleistungen: Ein Provisionswettbewerb zwischen den Landeslottogesellschaften um die Akquirierung möglichst vieler Tippscheine aus anderen Bundesländern, für den ohne diese Maßnahme hinreichende Anreize bestünden,³⁶ wird von vornherein ausgeschlossen. Die Folge ist eine Marktaufteilung zwischen den Landeslottogesellschaften, die wirksamer und sicherer als jede (Anweisung zu einer direkten) Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise zwischen ihnen dafür sorgt, dass jede Landeslottogesellschaft die Nachfrage nach Vermittlungsleistungen auf ihr Heimatgebiet beschränkt und nicht in den Gebieten anderer Lottogesellschaften „wildert“.

Auf der Basis des GlüÄndStV, der dazu ergangenen Glücksspielgesetze der Bundesländer und ihrer behördlich verfolgten Auflagenpraxis bei der Erteilung der länderspezifischen Vermittlungserlaubnisse wird somit eine Situation herbeigeführt, die in ihren wettbewerblichen Auswirkungen einem strikten Gebietskartell der Landeslottogesellschaften zur Aufteilung des Nachfragemarktes nach gewerblichen Spielvermittlungsleistungen zwischen ihnen entspricht. Die drei genannten staatli-

36 Für die Zeit vor Einführung des Regionalisierungsstaatsvertrages war anerkannt, dass insoweit ein (potentiell) beschränkbarer bzw. passiver Wettbewerb zwischen den Lottogesellschaften bestand, vgl. BKartA, Beschluss vom 22.11.1995, B8-92713-VX-127/95, WuW/E BKartA 2849, 2855 – *Gewerbliche Spielgemeinschaften*. Danach boten die Lottogesellschaften unter anderem mit unterschiedlichen Bearbeitungsgebühren und Zusatzausspielungen Anreize, damit Spielteilnehmer in Grenzgebieten der Bundesländer und insbesondere private und gewerbliche Spielvermittler entsprechende Spieltipps den jeweiligen Lottogesellschaften zuführten.

chen Maßnahmen, insbesondere aber die tatsächliche Unterbindung einer länderübergreifenden Vermittlungstätigkeit durch entsprechende Auflagen bei der Erteilung der länderspezifischen Erlaubnisse, treten an die Stelle einer entsprechenden Absprache zwischen den Landeslottogesellschaften, sich auf die Annahme von Spielscheinen aus ihrem jeweiligen Gebiet zu beschränken und keine außerhalb der eigenen Landesgrenzen akquirierten Lottotipps zu akzeptieren. Auf diese Weise substituiert die verwaltungsrechtliche Auflagenpraxis die früheren höchstrichterlich³⁷ untersagten Absprachen der Lottogesellschaften zur Unterbindung einer bundesweiten, Landesgrenzen überschreitenden gewerblichen Spielvermittlung.

Auch wenn die Bundesländer ihren Lottogesellschaften nicht direkt vorschreiben, untereinander eine entsprechende Marktaufteilung zu vereinbaren, führt die fragliche staatliche Maßnahme, die gleichförmige Untersagung einer länderübergreifenden Quervermittlung von Spielscheinen bei der Erteilung der Erlaubnisse zur gewerblichen Lottospielvermittlung, zu dergleichen Einschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit der Lottogesellschaften bei der Nachfrage nach Vermittlungsleistungen und somit einem Ausschluss des Provisionswettbewerbs zwischen ihnen. Damit liegt eine dem Art. 101 AEUV widersprechende Maßnahme i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AEUV „in Bezug auf“ die Tätigkeit der Lottogesellschaften als öffentliche Unternehmen vor.

d) Mögliche Einwände gegen das Vorliegen einer kartellrechtswidrigen Marktaufteilung

An einer wettbewerbswidrigen Marktaufteilung könnte es aber fehlen, wenn die Befolgung eines strikten Regionalitätsprinzips bei der Vermittlung von Spielscheinen verfassungs- oder ordnungsrechtlich zwingend vorgegeben oder ein ungehinderter, (potentiell) bundesweiter Provisionswettbewerb zwischen den Lottogesellschaften aus anderen übergeordneten Gesichtspunkten von vornherein nicht schutzwürdig wäre. Beide möglichen Vorbehalte erweisen sich jedoch bei näherer Betrachtung als nicht stichhaltig.

aa) Verfassungsrechtliche Vorgaben zur strikten Durchsetzung des Regionalitätsprinzips bei der Lottovermittlung?

Wie bereits dargelegt, besteht zumindest für die Nachfrage nach Lottovermittlungsleistungen ein bundesweiter Markt mit einem daraus re-

37 BGH, Beschluss vom 14.8.2008, KVR 54/07, WuW/E DE-R 2408, 2414, 2418 ff. – *Lottoblock*.

sultierenden länderübergreifenden Provisionswettbewerb zwischen den Lottogesellschaften um die Gunst der gewerblichen Lottovermittler und die von ihnen akquirierten Spielscheine. Eine Beschränkung der Nachfragefähigkeit der Lottogesellschaften auf Vermittlungsleistungen lediglich in Bezug auf (potentielle) Kunden, die in ihrem jeweiligen Heimatbundesland ansässig sind, führt zu einer kartellrechtswidrigen künstlichen regionalen Parzellierung dieses Marktes und ist nicht etwa durch übergeordnete verfassungsrechtliche Vorgaben geboten.

Das von den Bundesländern im Zuge ihrer Genehmigungspraxis umgesetzte strikte Regionalitätsprinzip in Form des Verbots einer die Landesgrenzen übergreifenden Quervermittlung von Spielscheinen ist nicht etwa eine automatische oder zwingende rechtliche Folge der sog. Lottohoheit der Länder bzw. der föderalen Struktur Deutschlands.³⁸ Eine solche Sichtweise wird auch nicht durch den GlüÄndStV vorgegeben.³⁹ In § 4 Abs. 1 S. 1 GlüÄndStV heißt es lediglich: „*Öffentliche Glücksspiele dürfen nur mit Erlaubnis der zuständigen Behörde des jeweiligen Landes veranstaltet oder vermittelt werden.*“ Aus diesem Erfordernis einer landesspezifischen Erlaubnis zur Vermittlung von Lotto folgt unmittelbar lediglich, dass die von einem Vermittler akquirierten Spielscheine nur an solche Lottogesellschaften weitergeleitet werden dürfen, für die eine entsprechende Erlaubnis erteilt ist. Außerdem entfalten die nach Landesrecht gewährten Erlaubnisse ihre Legalisierungswirkung prinzipiell nur auf dem Hoheitsgebiet des betreffenden Bundeslandes. Dagegen lässt sich dieser Regelung kein Verbot der Quervermittlung von Spielscheinen zwischen den Bundesländern, für die jeweils eine Erlaubnis besteht, ableiten. Eine derartige Beschränkung wird vielmehr erst durch eine entsprechende Auflagenpraxis der Landesbehörden bei der Erteilung der Erlaubnisse implementiert. Das sog. Regionalitätsprinzip in Gestalt des Verbots einer Landesgrenzen überschreitenden Quervermittlung von Lottospielscheinen ist demnach lediglich eine gewillkürte Konsequenz aus einer entsprechenden Behördenpraxis, die durch Auflagen sicherstellt, dass ein Vermittler bei einer staatlichen Lottogesell-

38 So insbesondere BGH, Beschluss vom 9.3.1999, WuW/E DE-R 289, 293 – *Lottospielgemeinschaft*; BGH, Beschluss vom 8.5.2007, WuW/E DE-R 2035, Tz. 27 – *Lotto im Internet*; vgl. auch Jarass, Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht (ZfWG) 2013, 1, 10 (aus der primären Zuständigkeit der Länder für die Gesetzgebung und Verwaltung im Lotteriebereich folgt keine Verpflichtung zu bestimmten Regelungen).

39 A.A. Dietlein in Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, Einf Rn 4, der in § 3 Abs. 4 GlüÄndStV das „inzident formulierte Verbot der grenzüberschreitenden Vermittlung“ sieht.

schaft stets nur die in dem jeweiligen Bundesland akquirierten Spielscheine einreichen darf.⁴⁰

Soweit in der Literatur argumentiert wird, dass in einem Bundesland nur das vermittelt werden dürfe, was gerade dort auch als Veranstaltung erlaubt sei,⁴¹ vermag dies ein durchgängiges Verbot der Quervermittlung ebenfalls nicht zu begründen. Zwar definiert § 3 Abs. 4 GlüÄndStV das „Veranstalten“ und das „Vermitteln“ von Glücksspielen in räumlicher Hinsicht dahingehend, dass maßgeblich der Ort ist, „wo dem Spieler die Möglichkeit der Teilnahme eröffnet wird“. Diese territoriale Zuordnung bewirkt im Zusammenspiel mit dem Erlaubnisvorbehalt des § 4 Abs. 1 GlüÄndStV, dass Veranstalter und Vermittler überall dort einer Erlaubnis bedürfen, wo potentiellen Spielern die Gelegenheit zur Spielteilnahme eröffnet wird. Dies wird, insoweit durchaus zutreffend, als Ausdruck der sog. „Lotteriehöhe“ der Länder und des lotterierechtlichen „Regionalitätsgrundsatzes“ gesehen.⁴² Für eine bundesweite Vermarktung von Lottoangeboten sind daher Erlaubnisse aller 16 Bundesländer einzuholen, sei es für die Veranstaltung, sei es für die Vermittlung.

Eine ganz andere Frage ist jedoch, ob sich aus diesem Erlaubnisvorbehalt zwingend auch die Notwendigkeit einer separaten Lokalisation der erzielten Umsätze in den jeweils betroffenen Bundesländern ergibt. Das ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn der Lottovermittler über entsprechende Erlaubnisse für alle Bundesländer verfügt: Denn den ordnungsrechtlichen Anliegen, die mit dem Erlaubnisvorbehalt und der weitergehenden Regulierung des Glücksspiels gemäß § 1 GlüÄndStV verfolgt werden (insbesondere Kanalisierung des Glücksspiels und Suchtprävention, Jugendschutz sowie Schutz vor betrügerischen Machenschaften), ist bei Erteilung entsprechender Erlaubnisse für alle Bundesländer flächendeckend Rechnung getragen, zumal die jeweils zuständigen Landesbehörden bei der Entscheidung über die Erteilung der Vermittlungs- bzw. Veranstaltungserlaubnis für ihr Bundesland im Wesentlichen die gleichen materiellen Standards zu beachten haben.

Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, dass ein einheitliches, länderübergreifendes Zulassungsverfahren – wie bei den Vermittlern von Klassenlotterien, Pferdewetten und Sportwetten vorgesehen – ordnungs-

40 Vgl. hierzu näher *Jarass*, ZfWG 2013, 1, 4, 7 ff., der darin eine unzulässige Einschränkung der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG sieht.

41 *Schmitt* in Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 19 GlüStV Rn. 40; *Dietlein*, aaO, Einf Rn. 4.

42 *Dietlein/Hüsken* in Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 13.

rechtlich völlig ausreichend und damit aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geboten wäre. Jedenfalls ist bei Beachtung des länderspezifischen Erlaubnisvorbehalts die Prüfung der Seriosität der Antragsteller sowie die Beachtung von Spielerschutzvorschriften und anderer glücksspielrechtlicher Regulierungen durchgängig sichergestellt. Daraus folgt: Aus ordnungsrechtlicher Perspektive besteht jedenfalls dann, wenn ein Lottovermittler über die entsprechenden Erlaubnisse für alle Bundesländer verfügt, keine Notwendigkeit für eine fortdauernde Geolokalisation der vermittelten Spieler.⁴³ Aber auch bei einer nur teilweisen Abdeckung des Bundesgebiets ist ordnungsrechtlich lediglich sicherzustellen, dass sich nur Spieler aus solchen Bundesländern beteiligen können, für die der Vermittler eine Erlaubnis hat.

Einer länderspezifischen territorialen Allokation der erzielten Umsätze bedarf es dagegen nicht, um die ordnungsrechtlichen Ziele der Glücksspielregulierung zu erreichen.⁴⁴ Sie dient vielmehr ausschließlich dem fiskalischen Interesse des jeweiligen Bundeslands, alle Umsätze, die mit Einwohnern aus seinem Gebiet getätigt werden, auch „im eigenen Land zu behalten“. Die teilweise beschworene Gefahr von „spielanheizenden Effekte(n) eines grenzüberschreitenden Angebotswettbewerbs“⁴⁵ ist jedenfalls bei bundeseinheitlich konzipierten Glücksspielen wie dem Lotto ausgeschlossen und vermag ein Verbot der grenzüberschreitenden Vermittlung daher nicht zu legitimieren.

Dieser Auffassung folgt im Ergebnis auch der BGH in seiner bisherigen Rechtsprechung. So hat er deutlich gemacht, dass die Anwendung des deutschen Kartellrechts im Bereich der Lottowirtschaft nicht etwa daran scheitert, dass eine strikte Durchsetzung des Regionalitätsprinzips durch zwingendes höherrangiges (Verfassungs-)Recht vorgegeben wäre.⁴⁶ Auch wenn die „Lottohoheit“ bei den Bundesländern liegt, sind sie nicht von Verfassungs wegen oder aus anderen rechtlichen Gründen gehindert, zur Vermarktung der von ihnen jeweils veranstalteten Lottospiele selbst oder durch ihre Lottogesellschaften mit einer entsprechen-

43 Dementsprechend wird für das Online-Angebot von Glücksspielen eine Geolokalisation nur dann verlangt, wenn keine flächendeckende Erlaubnis für alle Bundesländer vorliegt, vgl. *Dietlein/Hüsken* in *Dietlein/Hecker/Ruttig*, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 14 m.w.N.

44 So auch *Jarass*, ZfWG 2013, 1, 9.

45 *Dietlein* in *Dietlein/Hecker/Ruttig*, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, Einf Rn. 4.

46 BGH, Beschluss vom 9.3.1999, WuW/E DE-R 289, 293 – *Lottospielgemeinschaft*; BGH, Beschluss vom 8.5.2007, WuW/E DE-R 2035, Rn. 27 – *Lotto im Internet*.

den Konzession in anderen Bundesländern tätig zu werden oder sich Lottotipps aus anderen Gebieten durch gewerbliche Vermittler zuführen zu lassen. Dementsprechend hat etwa das VG Gelsenkirchen in einem Urteil vom 6. April 2011 zu Recht ausgeführt:

„Vorliegend dieses Recht auf Vermittlung von Lotterien auf Teilnehmer aus Nordrhein-Westfalen zu beschränken, ist jedoch nicht verfassungs- oder ordnungsrechtlich begründbar, sondern dient ausschließlich der Sicherung der jeweiligen Landesmonopole.“⁴⁷

Festzuhalten bleibt somit: Bei Beachtung des länderspezifischen Erlaubnisvorbehalts für das Veranstalten und das Vermitteln von Lotto-spielen ist eine Bindung der in einem Bundesland erzielten Umsätze ausschließlich an die Landeslottogesellschaft desselben Bundeslandes weder aus ordnungs- noch verfassungsrechtlichen Gründen geboten. Vielmehr bleibt insoweit Raum für einen länderübergreifenden Nachfragewettbewerb um die gewerbliche Vermittlung von Spielscheinen. Sein Ausschluss ist lediglich fiskalisch motiviert: Die in einem Bundesland generierten Spielumsätze sollen allein der dort ansässigen Lotto-gesellschaft vorbehalten bleiben.

Soweit durch explizite landesrechtliche Regelungen in den Ausführungsgesetzen die Wirkung der erteilten Erlaubnisse auf die Vermittlung von in dem jeweiligen Bundesland veranstalteten Glücksspielen begrenzt wird,⁴⁸ also in der Sache ein Verbot der grenzüberschreitenden Quervermittlung etabliert wird, fehlt diesen Regelungen materiell eine zwingende ordnungsrechtliche Legitimation. Dies zeigt sich auch darin, dass einige Länder wie Bayern und Hamburg in ihren Ausführungsgesetzen zum GlüÄndStV ausdrücklich die Möglichkeit eröffnen, auch die Vermittlung von Glücksspielen zu erlauben, die von in anderen Bundesländern zugelassenen Veranstaltern durchgeführt werden. Dabei wird vor allem an Spiele gedacht, die bundesweit nach einem einheitlichen Spielplan angeboten werden wie Lotto.⁴⁹ Während die Erteilung einer entsprechenden Vermittlungserlaubnis in Bayern im Ermessen der Behörde steht, hat der gewerbliche Spielvermittler in Hamburg sogar einen Anspruch auf die Erlaubnis zur Vermittlung an die Landeslotteriege-

47 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 6.4.2011, Az. 7 K 6737/08, Rn. 111 (zitiert nach juris).

48 Vgl. dazu *Schmitt* in Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 19 GlüStV Rn. 41.

49 Näher dazu *Schmitt* in Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 19 GlüStV Rn. 44 m.w.N.

sellschaften anderer Länder, sofern die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 HmbGlüÄndStVAG gegeben sind.⁵⁰

Es bleibt somit dabei, dass die wettbewerbswidrige Marktaufteilung durch das staatlich veranlasste Verbot der länderübergreifenden Quervermittlung von Spieltipps nicht durch zwingende verfassungs- oder ordnungsrechtliche Vorgaben gerechtfertigt ist.

bb) Fehlende Schutzwürdigkeit eines (potentiell) bundesweiten Provisionswettbewerbs?

Die Monopolkommission hat allerdings in ihrem 19. Hauptgutachten bezweifelt, ob ein ungehinderter und potentiell bundesweiter Provisionswettbewerb zwischen den Lottogesellschaften wettbewerbspolitisch wünschenswert wäre. Nach ihrer Einschätzung ist ein ungehemmter Provisionswettbewerb „aus volkswirtschaftlicher Perspektive nicht zwingend gesellschaftlich effizient“.⁵¹ Dies wird im Einzelnen damit begründet, dass bei der bundesweit vereinheitlichten Form des Lottospiels infolge der vorab festgelegten Ausschüttungsquote, die das „Preis-Qualitätsverhältnis eines Spielscheins“ im Wesentlichen bestimme und „in ihren grundsätzlichen Merkmalen einem Preiskartell“ entspreche, eine wettbewerblich induzierte effizientere Ressourcenverteilung kaum möglich sei. Spielräume für eine Qualitätsverbesserung bestünden praktisch nur „bei den Vertriebskanälen, auf denen auch die gewerblichen Spielvermittler aktiv sind“.⁵²

Ihre große Skepsis, „ob durch die Öffnung des Provisionswettbewerbs überhaupt ein volkswirtschaftlicher Vorteil entsteht“,⁵³ begründet die Monopolkommission mit der Erwägung, dass in diesem Fall für die Landeslottogesellschaften der Anreiz bestünde, sich bei der Gewährung von Provisionen für vermittelte Spielscheine so lange zu überbieten, wie „der verbleibende Nettoertrag aus Spieleinsatz abzüglich Provision noch Deckungsbeiträge zulässt“. Im „äußersten Extremfall“ könne dies „dazu führen, dass die gesamten durch die Monopolisierung des Glücksspiels anfallenden Renten von den Landeslottogesellschaften auf die gewerblichen Spielvermittler übertragen werden“.⁵⁴

50 Weitere Einzelheiten dazu bei *Schmitt* in Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 19 GlüStV Rn. 45.

51 *Monopolkommission*, 19. Hauptgutachten, Tz. 40 f. mit weiteren Erläuterungen.

52 *Monopolkommission*, 19. Hauptgutachten, Tz. 40.

53 *Monopolkommission*, 19. Hauptgutachten, Tz. 40 a.E.

54 *Monopolkommission*, 19. Hauptgutachten, Tz. 40.

Daraus zieht die Monopolkommission jedoch nicht den Schluss, dass der Vertrieb von Lottoscheinen ebenfalls von den Landeslottogesellschaften monopolisiert werden sollte. Vielmehr schlägt sie sogar eine neue Aufteilung zwischen staatlichen und privaten Aktivitäten in dem Sinne vor, dass eine enge staatliche Kontrolle nur im Bereich der Veranstaltung von Lotterien erfolgen sollte, während der Vertrieb von Lotterierprodukten ausschließlich privaten Unternehmen, wenn auch unter staatlicher Aufsicht, überlassen werden sollte.⁵⁵ Statt einer Vertriebsprovision sollten sämtliche Vertriebsstellen einen Vertriebsaufschlag in selbst gewählter Höhe festlegen.⁵⁶

Die primär wettbewerbspolitischen Erwägungen der Monopolkommission sind jedoch nicht geeignet, die Anwendung des Kartellrechts auf die Nachfragetätigkeit der Lottogesellschaften in Bezug auf Spielvermittlungsleistungen de lege lata auszuschließen. Die gewerblichen Lottovermittler erbringen durch die Erschließung weiterer Kundenzkreise nicht nur für die Bundesländer als Lottoveranstalter eine wirtschaftliche Leistung, sondern führen innerhalb der engen rechtlichen Grenzen ihrer Tätigkeit auch gewisse innovative Lottoangebote für die Kunden im Markt ein, z.B. die Zusammenführung einzelner Lottospieler in Tippgemeinschaften. Zwar unterscheidet sich die Vermittlung der Teilnahme an Lottospielen vom Angebot sonstiger Vermittlungsdienstleistungen. Trotz des durch die feste Ausschüttungsquote fixierten einheitlichen „Preis-Qualitäts-Verhältnisses“ des angebotenen Produkts bestehen auch bei Lottospielscheinen – zumindest theoretisch – infolge teilweise unterschiedlicher Bedingungen der einzelnen Landeslottogesellschaften, insbesondere bei der Bearbeitungsgebühr, gewisse, wenn auch sehr enge Spielräume für einen Angebotswettbewerb. Diesen Aspekt lässt die Monopolkommission außer Betracht. Auch nach ihrer Auffassung besteht aber gerade im Vertriebsbereich Potential für wettbewerbssinduzierte Qualitätsverbesserungen. Insofern ist kein Grund ersichtlich, über die engen ordnungsrechtlichen Vorgaben zur Verhinderung von Spielsucht hinaus die Tätigkeit von Spielvermittlern weiteren Beschränkungen zu unterwerfen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Wett-

55 Monopolkommission, 19. Hauptgutachten, Tz. 41 („Der Vertrieb von Spielscheinen und deren mögliche „Veredelung“ durch zusätzliche Dienstleistungen wie die Bildung von Tippgemeinschaften sollte nach Auffassung der Monopolkommission daher ausschließlich auf privatwirtschaftlicher Ebene und im Wettbewerb erfolgen und durch die Erteilung von Erlaubnissen von den Aufsichtsbehörden lediglich kontrolliert werden.“).

56 Monopolkommission, 19. Hauptgutachten, Tz. 41.

bewerb innerhalb des gesetzlich normierten Ordnungsrahmens grundsätzlich auch auf dem Lottomarkt geeignet ist, seine wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Funktionen zu erfüllen, also insbesondere für eine optimale Faktorallokation zu sorgen, Anreize für Kosteneinsparungen und Innovationen zu schaffen sowie wirtschaftliche Machtstellungen zu begrenzen und die Freiheit der Marktteilnehmer zu sichern. Auch wenn dem Provisionswettbewerb auf dem Nachfragemarkt für Lottovermittlungsleistungen nicht der gleiche volkswirtschaftliche Stellenwert zukommt wie dem Wettbewerb auf anderen Märkten, lässt sich seine kartellrechtliche Schutzwürdigkeit vor Beschränkungen nicht verneinen.

e) Spürbarkeit und Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Da die zu einer wettbewerbswidrigen Separierung des Marktes führenden Maßnahmen alle Landeslottogesellschaften und damit alle (potentiellen) Nachfrager nach Lottovermittlung umfassen, bestehen an der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung keine Zweifel.

Die staatlich veranlasste Gebietsaufteilung zwischen den Landeslottogesellschaften (auch) hinsichtlich der Nachfrage nach Spielvermittlung führt nicht nur zu einer kleinteiligen Parzellierung des eigentlich bundesweiten Marktes als eines wesentlichen Teils des Gemeinsamen Marktes, sondern ist auch geeignet, ausländische Anbieter ganz vom deutschen Markt fernzuhalten. Speziell für sie erhöhen sich die Marktzutrittsschranken infolge der Notwendigkeit der technischen Anbindung an 16 verschiedene Lottogesellschaften mit häufig unterschiedlichen Schnittstellen enorm, so dass es zu einer erheblichen Abschottung des deutschen Marktes insgesamt gegenüber (potentiellen) Anbietern gewerblicher Lottovermittlung aus dem Ausland kommt. Die wettbewerbswidrigen Maßnahmen der Bundesländer weisen daher auch die Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels auf.

f) Keine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV

Etwaige Effizienzgewinne durch die Separierung der Nachfragemärkte nach Vermittlungsleistungen sind nicht ersichtlich. Mögliche Kosteneinsparungen für die Landeslottogesellschaften durch eine Senkung der an die Lottovermittler zu zahlenden Provisionen beruhen nicht auf einer Verbesserung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, sondern resultieren allein aus der Stärkung der Nachfragemacht, die mit der Marktaufteilung und der Beseitigung des Provisionswettbewerbs verbunden ist. Zudem ist keine Beteiligung der Verbraucher an den eingesparten

Provisionen erkennbar. Die Verschaffung eines Monopols auch bezüglich der Nachfrage nach Lottovermittlung für die in einem Bundesland ansässigen Spieler schließt zudem jeden Wettbewerb aus. Die Voraussetzungen der Legalausnahme des Art. 101 Abs. 3 AEUV sind daher offensichtlich nicht erfüllt.

g) *Zwischenergebnis*

Die staatliche Verwaltungspraxis der Erteilung von Spielvermittlungserlaubnissen nur mit der Auflage einer Beschränkung der Vermittlung auf die im selben Bundesland generierten Umsätze führt de facto zu einer umfassenden regionalen Marktaufteilung des ohne diese Maßnahme bundesweiten (Nachfrage-)Marktes für die gewerbliche Spielvermittlung. Sie tritt insoweit funktional an die Stelle des früheren verbotenen Gebietskartells der Landeslottogesellschaften. Im Zusammenspiel mit dem länderspezifischen Erlaubnisvorbehalt liegt darin eine wettbewerbswidrige staatliche Maßnahme, die gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 101 AEUV verstößt.

2. Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV

a) *Marktbeherrschende Stellung der Landeslottogesellschaften*

Die Parzellierung des Marktes für gewerbliche Spielvermittlung in 16 jeweils eigenständigen Gebiete, für die jeweils nur eine Lottogesellschaft als Nachfrager nach dieser Dienstleistung für die in ihrem Gebiet ansässigen Kunden in Betracht kommt, verschafft den Lottogesellschaften insoweit jeweils eine monopolartige Stellung.⁵⁷ Allerdings begründet die bloße Herbeiführung einer marktbeherrschenden Stellung i.S.d. Art. 102 AEUV durch die Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte noch keinen Kartellverstoß. Zum einen fehlt es bei derartigen konstituierenden Akten insoweit an einer Maßnahme „in Bezug auf“ öffentliche oder privilegierte Unternehmen.⁵⁸ Hinzu kommen muss ein Verhaltenselement, die missbräuchliche Ausnutzung der vorhandenen Marktmacht oder zumindest die Schaffung einer Lage, in der das begünstigte Unternehmen gegen Art. 102 AEUV verstößt oder verstoßen kann.⁵⁹

57 *Monopolkommission*, 19. Hauptgutachten, Tz. 39.

58 EuGH Slg. 1991 I-5889 Rn. 16 – *Porto die Genova*; Slg. 1994 I-1783 Rn. 42 – *Corsica Ferries*; Slg. 2006 I-2941 Rn. 23 – *Servizi Ausiliari*; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 86 EG Rn. 29, 32.

59 Vgl. EuGH Slg. 1991 I-2025 Rn. 37 – *ERT*; Slg. 1994 I-5077 Rn. 18 – *Crespelle*; Slg. 1997 I-4449 Rn. 33 – *GT Link*; Slg. 1998 I-533 Rn. 27 – *Raso*.

b) Schaffung einer naheliegenden Missbrauchsmöglichkeit

Dementsprechend erfasst auch das Verbot des Art. 106 Abs. 1 AEUV nicht schon die Begründung der marktbeherrschenden Stellung als solche. Erforderlich ist, dass durch die staatliche Maßnahme zumindest die naheliegende Möglichkeit zum Missbrauch der Marktmacht geschaffen wurde.⁶⁰ Das dürfte hier angesichts der flächendeckenden Parzellierung des Marktes und der damit einhergehenden Entstehung von 16 Monopolisten der Fall sein.

aa) Gefahr der Ausbeutung durch Zahlung unangemessen niedriger Provisionen

Infolge der Ausschaltung jeglichen Provisionswettbewerbs zwischen den Landeslottogesellschaften bei der Anbahnung von Geschäftskontakten mit gewerblichen Spielvermittlern besteht insbesondere die Gefahr einer Ausbeutung der Lottovermittler durch die Zahlung unangemessen niedriger Provisionen bzw. sogar einer vollständigen Verweigerung marktüblicher Provisionen. Da den Vermittlern jegliche Ausweichmöglichkeiten fehlen, wenn sie die in einem Bundesland akquirierten Spielscheine nur an die Lottogesellschaft dieses Landes vermitteln dürfen, besteht für diese ein starker Anreiz, die dafür gewährten Provisionen auf ein möglichst niedriges Niveau abzusenken. In der Praxis hat sich inzwischen gezeigt, dass die Provisionen im Vergleich zu der früher marktüblichen Höhe im Schnitt bereits um rund 25% reduziert wurden.⁶¹

bb) Behinderung und mögliche Verdrängung von Lottovermittlern

Darüber hinaus führt die Regionalisierung zu erheblichen Kostensteigerungen der gewerblichen Anbieter und einer künstlichen Erhöhung der Marktzutrittsschranken für potentielle Konkurrenten. Diese marktabschottenden und die Spielvermittler benachteiligenden Regelungen dienen primär fiskalischen Interessen; sie lassen sich nicht in kartellrechtskonformer Weise durch ordnungsrechtliche Gründe legitimieren,⁶²

60 *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 86 EG Rn. 32 m.w.N.

61 Information des DLV e.V. Vgl. zur kartellrechtlichen Bewertung dieser Praxis unten S. 206.

62 Vgl. *Jarass*, Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht (ZfWG) 2013, 1, 9 (keine Eignung der Regelung zur Förderung ordnungsrechtlicher Zielsetzungen und damit keine Rechtfertigung der damit verbundenen Einschränkung der Berufsfreiheit).

3. Ausnahme nach Art. 106 Abs. 2 AEUV?

Ein Verstoß der Bundesländer gegen Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 101, 102 AEUV würde jedoch ausscheiden, wenn Art. 106 Abs. 2 AEUV eingreift. Diese Norm begründet eine partielle Ausnahme zu den in Art. 106 Abs. 1 AEUV geregelten Pflichten der Mitgliedstaaten, soweit Unternehmen betroffen sind, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind. Danach gelten die Wettbewerbsvorschriften nicht, soweit ihre uneingeschränkte Anwendung die Erfüllung der diesen Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Normadressaten des Abs. 2 sind neben den betroffenen Unternehmen auch die Mitgliedstaaten.

Allerdings ist hier schon zweifelhaft, ob die Lottogesellschaften der Länder, die einerseits für ein ausreichendes Angebot an Glücksspielen sorgen sollen, andererseits darauf achten müssen, die Spielsucht zu bekämpfen und das Glücksspiel in geordneten Bahnen ablaufen zu lassen, tatsächlich mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse i.S.d. Art. 106 Abs. 2 AEUV betraut sind.⁶⁴ Die genauen Anforderungen an eine taugliche „Betrauung“ sind umstritten,⁶⁵ bedürfen hier aber keiner eingehenden Untersuchung. Denn es ist jedenfalls nicht erkennbar, dass die Anwendung des Kartellverbots auf die Landeslottogesellschaften die Erfüllung der ordnungsrechtlichen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert.⁶⁶

Nach der Rechtsprechung des EuGH greift die Ausnahme nur ein, soweit die uneingeschränkte Anwendung der Wettbewerbsregeln die Aufgabenerfüllung unter wirtschaftlich zumutbaren Bedingungen gefährden

64 Offengelassen von BGH, Beschluss v. 8.5.2007, KVR 31/06, WuW/E DE-R 2035, 2039 f. – *Lotto im Internet*; soweit einzelne Lottogesellschaften nicht aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Konzession, sondern eines privatrechtlichen Geschäftsbesorgungsvertrags tätig werden, fehlt es an dem nach h.M. erforderlichen hoheitlichen Akt der Betrauung, vgl. BKartA, Beschluss v. 23.8.2006, B 10-148/05, WuW/E DE-V 1251, Rn. 568 m.w.N.

65 Hierzu näher EuGH, Urteil vom 23.10.1997, Slg. 1997, I-5815, Rn. 65 f. – *Kommission/Frankreich*; *Mestmäcker/Schweitzer* in Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 2 AEUV Rn. 52 ff.; siehe auch BGH, Beschluss vom 14.8.2008, WuW/E DE-R 2408, 2418 Rn. 97 – *Deutscher Lotto- und Totoblock* sowie OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.6.2007, WuW/E DE-R 2003, Rn. 142 – *Deutscher Lotto- und Totoblock* jeweils m.w.N.

66 Ebenso BKartA, Beschluss v. 23.8.2006, B 10-148/05, WuW/E DE-V 1251, Rn. 569 ff.

würde.⁶⁷ Das wäre der Fall, wenn ein ungehinderter Wettbewerb der Landeslottogesellschaften etwa um Geschäftsabschlüsse mit gewerblichen Lottovermittlern ihren Auftrag zur Bekämpfung der Spielsucht in Frage stellen würde. Das ist ebenso wenig ersichtlich wie eine Gefährdung der finanziellen Basis oder wirtschaftlichen Lebensfähigkeit der Lottogesellschaften im Falle eines unbeschränkten bundesweiten Provisionswettbewerbs, um durch höhere Vergütungen an die Vermittler möglichst viele Tippscheine auf sich zu vereinigen. Nach Ansicht der Monopolkommission soll dies zwar „im äußersten Extremfall“ dazu führen können, „dass die gesamten durch die Monopolisierung des Glücksspiels anfallenden Renten von den Landeslottogesellschaften auf die gewerblichen Spielvermittler übertragen werden“.⁶⁸ Denn solange „der verbleibende Nettoertrag aus Spieleinsatz abzüglich Provision noch Deckungsbeiträge“ zulasse, hätten die Lottogesellschaften Anreize zur Erhöhung der Provision, um mehr Umsatz auf sich zu ziehen.

Dabei werden jedoch mehrere Aspekte nicht berücksichtigt, die die Gefahr eines „ruinösen Überbietungswettbewerbs“ der Lottogesellschaften um Geschäftsabschlüsse mit gewerblichen Spielvermittlern letztlich ausschließen, wie auch die Erfahrungen mit der länderübergreifenden Spielvermittlung vor Inkrafttreten des GlüStV belegen: Zum einen bleibt für sie die Generierung von zusätzlichen Umsätzen über Spielvermittler lediglich ein komplementärer Vertriebsweg gegenüber dem eigenen Absatz über das existierende dichte Netz von stationären Lottoannahmestellen (und über den eigenen Internetauftritt). Zum anderen kann den Lottogesellschaften vor dem Hintergrund ihrer ordnungsrechtlichen Aufgabe und Zielsetzung einer Kanalisierung des Spieltriebs und Verhinderung von Spielsucht nicht ein unbedingter Wille zur Umsatz- oder Gewinnmaximierung „um jeden Preis“ unterstellt werden. Vielmehr werden sie bestrebt sein, die Höhe der Provisionen auf einem angemessenen, mit den Aufwendungen für den terrestrischen Vertriebskanal zumindest annähernd vergleichbaren Niveau zu halten. Zudem werden von allen Lottogesellschaften neben dem Spieleinsatz auch Teilnahmegebühren in unterschiedlicher Höhe verlangt, die von den

⁶⁷ Vgl. zur Rechtsprechung des EuGH in diesem Sinne EuGH, Urt. v. 10.2.2000, Rs. C-147/97, Slg. 2000, I-825, Rn. 49 = WuW/E EU-R 275 ff. – *Deutsche Post AG*; Urt. v. 25.10.2001, Rs. C-475/99, Slg. 2001, I-8089, Rn. 57 = WuW/E EU-R 483 ff. – *Ambulanz Glöckner*.

⁶⁸ *Monopolkommission*, 19. Hauptgutachten, Tz. 40.

Lottospielern aufzubringen sind und mit denen jedenfalls die Kosten gedeckt werden können.

Für die früheren Gebietsabsprachen im Blockvertrag der Lottogesellschaften, insbesondere die Beschränkung des Internetvertriebs auf ihr jeweiliges Bundesland, haben sowohl das BKartA als auch die deutschen Gerichte im Ergebnis übereinstimmend entschieden, dass die Beseitigung dieser Wettbewerbshindernisse zu keiner Gefährdung der Aufgabenerfüllung „unter wirtschaftlich zumutbaren Bedingungen“ führen würde.⁶⁹ Gleiches gilt für die nunmehr vorliegende Fortsetzung der seinerzeit verbotenen Gebietsabsprachen in anderer Einkleidung. Die Ausnahme nach Art. 106 Abs. 2 AEUV greift daher nicht ein.

4. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 101, 102 AEUV

Aus der Pflicht der Mitgliedstaaten nach Art. 106 Abs. 1 AEUV, keine dem Vertrag widersprechenden Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, folgen sowohl Unterlassungs- als auch Handlungspflichten.⁷⁰ Ist ein vertragswidriger Zustand bereits eingetreten, muss der Mitgliedstaat alles tun, um diesen wieder zu beseitigen. Dies bedeutet, dass etwa gesetzliche Vorschriften, die ein öffentliches Unternehmen in die Lage versetzen, gegen Art. 102 AEUV zu verstoßen, nicht angewandt werden dürfen und in überschaubarer Zeit aufgehoben oder geändert werden müssen.⁷¹ Angesichts der Wettbewerbswidrigkeit eines strikten Verbots der länderübergreifenden Quervermittlung dürfen auch etwaige landesgesetzliche Vorschriften, die entsprechende Regelungen enthalten, nicht angewandt werden. Zudem dürfen die Aufsichtsbehörden die Erlaubnisse für Spielvermittler nicht mit dahin gehenden Auflagen versehen; soweit dies in der Vergangenheit bereits geschehen ist, sind diese Nebenbestimmungen nicht anzuwenden und künftig aufzuheben.

69 So explizit BGH, Beschluss vom 14.8.2008, WuW/E DE-R 2408, 2418 Rn. 97 ff. – *Deutscher Lotto- und Totoblock*; vgl. auch BKartA, Beschluss vom 23.8.2006, B10-92713-Kc148/05, Rn. 569 ff. – *Deutscher Lotto- und Totoblock*, bestätigt durch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.6.2007, WuW/E DE-R 2003, Rn. 142 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*, wiederum bestätigt durch BGH, Beschluss vom 8.5.2007, WuW/E DE-R 2035, Rn. 30 – *Lotto im Internet*.

70 *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 86 EG Rn. 33 f.

71 EuGH Slg. 1997 I-7119 Rn. 29 – *Job Centre*; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 86 EG Rn. 34.

Daneben kann die Kommission nach Art. 106 Abs. 3 AEUV vorgehen. Der Erlass der dort vorgesehenen Maßnahmen (Richtlinien und Entscheidungen an die Mitgliedstaaten) steht im Ermessen der Kommission; ein Anspruch des Einzelnen auf Einschreiten der Kommission besteht nicht.⁷²

III. Eigenständige kartellrechtliche Verantwortlichkeit der Lottogesellschaften?

1. Fortsetzung der früheren kartellrechtswidrigen Gebietsabsprachen durch die Lottogesellschaften?

a) Ausgangspunkt

Fräglich ist, ob trotz der Verantwortlichkeit der Bundesländer für die genannten wettbewerbswidrigen Maßnahmen in Bezug auf die Lottogesellschaften im Rahmen der neuen Glücksspielregulierung weiterhin auch eine eigenständige kartellrechtliche Verantwortlichkeit der Lottogesellschaften für die tatsächliche Ausschaltung des Wettbewerbs zwischen ihnen sowohl beim Angebot von Lottospielen als auch bei der Nachfrage nach Lottovermittlungsleistungen besteht. Auch wenn die jetzigen Regelungen im GlüÄndStV und die zu seiner Umsetzung ergangenen landesrechtlichen Vorschriften einschließlich der Auflagenpraxis der Genehmigungsbehörden ersichtlich funktional an die Stelle der früheren kartellrechtswidrigen Gebietsabsprache der Lottogesellschaften getreten sind, die das BKartA im Jahre 2006 untersagt hatte,⁷³ folgt daraus nicht ohne weiteres, dass nach wie vor (auch) eine privat-autonom veranlasste Wettbewerbsbeschränkung zwischen den Landeslottogesellschaften unter Verstoß gegen Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB vorliegt. Aus der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit der Ergebnisse (Marktaufteilung zwischen den Lottogesellschaften) darf also nicht ohne

72 *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 86 EG Rn. 59 m.w.N.

73 BKartA, Beschluss vom 23.8.2006, B10-92713-Kc148/05, Rn. 518 ff. – *Deutscher Lotto- und Totoblock*. Eine weitere Wettbewerbsbeschränkung lag in der Anforderung des Rechtsausschusses des Deutschen Lotto- und Totoblocks an dessen Mitglieder, gewisse Spielscheine der gewerblichen Lottovermittler zukünftig nicht mehr anzunehmen. Siehe auch zur Wettbewerbswidrigkeit der früheren Absprachen im Blockvertrag BGH, Beschluss vom 8.5.2007, WuW/E DE-R 2035, Rn. 24-28 – *Lotto im Internet*.

weiteres auf eine eigene kartellrechtliche Verantwortlichkeit der Lottogesellschaften bzw. einen Kartellrechtsverstoß geschlossen werden.

Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Feststellung einer vereinbarten Gebietsaufteilung zwischen den im DLTB zusammengeschlossenen Lottogesellschaften war seinerzeit die Regelung in § 2 des Blockvertrags. Darin verpflichteten sich die Landeslottogesellschaften, die von ihnen veranstalteten Lotterien nur in dem Land zu vertreiben, in dem sie ihren Sitz hatten und zugelassen waren. Neben dieser Beschränkung des Anbieterwettbewerbs der Lottogesellschaften wurde auch der Nachfragewettbewerb um Vertragsabschlüsse mit gewerblichen Spielvermittlern beschränkt, indem es über den Regionalisierungsstaatsvertrag zu einer nachträglichen Rückverteilung der Erlöse aus der Spielvermittlung auf die Herkunftsländer der Spieler kam. Dadurch wurden den Lottogesellschaften die Anreize genommen, durch die Gewährung höherer Provisionen gewerbliche Spielvermittler an sich zu binden und zur Akquirierung zusätzlicher Umsätze auch aus anderen Bundesländern zu veranlassen. Sowohl die Gebietsabsprache der Lottogesellschaften als auch die Anwendung des Regionalisierungsstaatsvertrags wurden daher vom Bundeskartellamt mit Billigung der Rechtsprechung untersagt.⁷⁴

Der Umstand, dass die Regionalisierung der selbst oder durch gewerbliche Vermittlung erzielten Umsätze der Lottogesellschaften nunmehr primär auf entsprechende staatliche Maßnahmen im GlüAndStV, den Ausführungsgesetzen der Länder und einer entsprechenden Auflagenpraxis der Aufsichtsbehörden bei der Erteilung der nunmehr erforderlichen glücksspielrechtlichen Erlaubnisse zur Spielvermittlung zurückgeht, vermag die Landeslottogesellschaften nicht ohne weiteres gegenüber einer Anwendung des Kartellrechts zu immunisieren. Vielmehr bleiben Art. 101 und 102 AEUV (bzw. §§ 1, 2, 19 ff. GWB) auf die Landeslottogesellschaften anwendbar, sofern sie im Rahmen nach wie vor bestehender privatautonomer Verhaltensspielräume ihr Wettbewerbsverhalten im Markt koordinieren oder ihre Marktmacht im Verhältnis zu den gewerblichen Spielvermittlern missbräuchlich ausnutzen.

74 BKartA, Beschluss vom 23.8.2006, B 10-148/05, Rn. 518 ff. – *Deutscher Lotto- und Totoblock*; bestätigt durch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.6.2007, VI-Kart. 15/06 V, WuW/E DE-R 2003 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*; BGH, Beschluss vom 14.8.2008, KVR 54/07, WuW/E DE-R 2408 – *Lottoblock*.

b) Voraussetzungen für den Nachweis einer Kartellabsprache

Auch wenn zwischen den im DLTB kooperierenden Lottogesellschaften der Länder offenbar eine Art „stillschweigender Marktfrieden“ existiert, der die Entstehung eines bundesweiten „Lottoveranstaltungsmarktes“ mit entsprechendem Wettbewerb untereinander effektiv verhindert, scheint es keine direkten Nachweise für eine explizite Kartellabsprache zu geben. Eine ausdrückliche Vereinbarung mit dem Inhalt, dass die Lottogesellschaften sich untereinander keine Konkurrenz machen, sondern sich jeweils auf ihr Bundesland beschränken und keine Konzessionen für andere Bundesländer beantragen, ist nach dem vorliegenden Sachverhalt nicht ersichtlich. Kartellrechtlich nicht zu beanstanden wäre es, wenn jede Lottogesellschaft für sich selbst eine bewusste unternehmerische Entscheidung getroffen hätte, nicht in Wettbewerb mit anderen Lottogesellschaften in deren jeweiligen Bundesländern treten zu wollen. Mangels Verletzung des Selbstständigkeitspostulats käme dann kein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB durch die Lottogesellschaften in Betracht.

Etwas anderes könnte sich aber dann ergeben, wenn sich aus den gesamten Umständen einschließlich der Vorgeschichte des GlüÄndStV, insbesondere aus dem den Abschluss des Staatsvertrages begleitenden und anschließenden Verhalten der Lottogesellschaften (insbesondere im Zusammenhang mit der Etablierung eines gemeinsamen Internetvertriebs über das Portal www.lotto.de) der Schluss auf eine entsprechende Willensübereinstimmung oder abgestimmtes Verhalten der Lottogesellschaften aufdrängt.

2. Abgestimmte Verhaltensweise über den wechselseitigen Verzicht auf einen Marktzutritt?

Derzeit existieren in den 16 Bundesländern nebeneinander jeweils Monopolstellungen für die Veranstaltung von Lotto.⁷⁵ Die (auch unter der gegebenen Lottohoheit der Länder) zumindest theoretisch mögliche und aufgrund der einheitlichen Ziehung der Lottozahlen naheliegende Entstehung eines bundesweiten Marktes mit einem entsprechenden Wettbewerb der Lottogesellschaften untereinander (jedenfalls für den Vertrieb ihrer jeweiligen Tippscheine) wird durch die Vorschriften des GlüÄndStV und der ausführenden Landesbestimmungen nicht von vornherein ausgeschlossen. Vielmehr wäre es durchaus möglich, dass

⁷⁵ So auch *Monopolkommission*, 19. Hauptgutachten, Tz. 39.

die Landeslottogesellschaften auch die Erlaubnis für die Veranstaltung und den Vertrieb ihrer Spielscheine in anderen Bundesländern beantragen und erhalten.

a) Unternehmerischer Handlungsspielraum zur Ausdehnung der Tätigkeit in andere Bundesländer

Die Existenz eines eigenen unternehmerischen Entscheidungsspielraums der Lottogesellschaften zu einer Marktexpansion (als Voraussetzung für eine mögliche Wettbewerbsbeschränkung) lässt sich nicht schon unter Hinweis auf die Lotteriehoheit der Länder oder die gängige Genehmigungspraxis (mit Auflagen zur strikten Umsetzung des Regionalitätsprinzips) verneinen. Denn insoweit müssen sich die Lottogesellschaften entgegenhalten lassen, dass eine Beantragung entsprechender Erlaubnisse in anderen Bundesländern ohne derartige Beschränkungen möglich und mangels entgegenstehender ordnungsrechtlich zwingender Gründe sogar durchaus erfolversprechend wäre,⁷⁶ auch wenn nach § 4 Abs. 2 Satz 3 GlüÄndStV kein Rechtsanspruch auf die Erteilung der Erlaubnis besteht.

Sofern – wie im Lottoriwesen – die Ausübung einer bestimmten Geschäftstätigkeit von der Erteilung einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung abhängt, lässt sich ein eigener unternehmerischer Handlungsspielraum nicht schon mit dem bloßen Hinweis auf das aktuelle Fehlen einer entsprechend ausgestalteten Erlaubnis verneinen. Vielmehr reicht bereits die mögliche Beantragung inhaltlich alternativ ausgestalteter öffentlich-rechtlicher Genehmigungen aus, um einen unternehmerischen Handlungsspielraum zu bejahen. Dies lässt sich aus der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 102 AEUV zur kartellrechtlichen Bedeutung hoheitlicher Genehmigungen für die unternehmerische Tätigkeit ableiten.

So war bei der Beurteilung einer potentiell missbräuchlichen Kosten-Preis-Schere im Fall „Deutsche Telekom“⁷⁷ die Verantwortlichkeit dieses marktbeherrschenden Unternehmens für die Verdrängungswirkung der von ihm geforderten Preise auf den betroffenen vor- und nachgelagerten Märkten deshalb zweifelhaft, weil die im Ergebnis kartellrechtswidrigen

⁷⁶ Vgl. BGH, Beschluss vom 9.3.1999, KVR 20/97, WuW/E DE-R 289, 291 – *Lotospielgemeinschaft*.

⁷⁷ Siehe dazu Kommission, Entscheidung vom 21.5.2003, ABl. 2003, L 263/9 – *Deutsche Telekom AG*; EuG, Urteil vom 10.4.2008, Rs. T-271/03, Slg. 2008, II-477 – *Deutsche Telekom AG/Kommission* sowie EuGH, Urteil vom 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, www.curia.eu – *Deutsche Telekom AG/Kommission* = BeckRS 2010, 91187.

Entgelte nicht von ihm selbst in freier Entscheidung festgesetzt worden waren, sondern im Rahmen der Entgeltregulierung von der staatlichen Regulierungsbehörde vorgegeben wurden. Dennoch bejahte der EuGH die eigene kartellrechtliche Verantwortlichkeit der Deutsche Telekom AG (bzw. die Zurechenbarkeit des objektiven Verstoßes gegen Art. 102 AEUV zum unternehmerischen Handeln), weil das Unternehmen die verfahrensmäßige Möglichkeit gehabt habe, bei der Regulierungsbehörde Anträge auf veränderte Entgelte zu stellen und diese Möglichkeit habe ungenutzt verstreichen lassen. Dies genügte der Kommission und den Unionsgerichten, um einen ausreichenden Handlungsspielraum der Deutschen Telekom für die Abwendung bzw. Abmilderung der wettbewerbswidrigen Verdrängungswirkung der in den behördlich genehmigten Tarifen liegenden Kosten-Preis-Schere zu sehen und daraus eine eigene kartellrechtliche Verantwortlichkeit abzuleiten.⁷⁸ Eine fehlerhafte oder unzureichend umgesetzte staatliche Regulierung (dort durch die Genehmigung objektiv kartellrechtswidriger Entgelte) schließt eine ggf. daneben fortbestehende unternehmerische Verantwortung nicht aus.

Diese Erwägungen lassen sich auf die vorliegende Konstellation im deutschen Lottowesen insoweit übertragen, als die einzelnen Lottogesellschaften es offenbar unterlassen haben, Erlaubnisse zur Aufnahme einer eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit in anderen Bundesländern bei den zuständigen Behörden zu beantragen sowie ggf. darauf hinzuwirken, dass keine einzelfallbezogenen Auflagen zur Umsetzung des objektiv kartellrechtswidrigen Regionalitätsprinzips in die jeweiligen Bescheide aufgenommen werden, obwohl sie die Möglichkeit dazu gehabt hätten.

Der BGH ist ebenfalls der Auffassung, dass „die Lotteriehöhe der Länder und insbesondere das zum Tätigwerden von Lotteriegesellschaften erforderliche Genehmigungserfordernis weder rechtlich noch logisch einen Wettbewerb unter den Lottogesellschaften ausschließen.“⁷⁹ Vielmehr haben seinerzeit die Vereinbarungen im Blockvertrag (insbes. dessen § 2) die Lottogesellschaften davon abgehalten, „außerhalb ihres eigenen Bundeslandes bei einer anderen Aufsichtsbehörde eine Konzes-

⁷⁸ Kommission, Entscheidung vom 21.5.2003, ABl. 2003, L 263/9, Tz. 163 ff. – *Deutsche Telekom AG*; EuG, Urteil vom 10.4.2008, Rs. T-271/03, Slg. 2008, II-477, Tz. 85 ff. – *Deutsche Telekom AG/Kommission*; EuGH, Urteil vom 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, www.curia.eu, Tz. 77 ff. – *Deutsche Telekom AG/Kommission* = BeckRS 2010, 91187.

⁷⁹ BGH, Beschluss v. 8.5.2007, KVR 31/06, WuW/E DE-R 2035, 2039 – *Lotto im Internet* (Hervorhebung hinzugefügt); ebenso schon BGH, Beschluss v. 9.3.1999, KVR 20/97, WuW/E DE-R 289, 291 – *Lottospielgemeinschaft*.

sion für deren Gebiet zu beantragen“.⁸⁰ Zu prüfen bleibt allerdings, ob die – trotz des Wegfalls des § 2 Blockvertrag – nach wie vor fehlende Ausschöpfung dieses (zumindest theoretisch) bestehenden Handlungsspielraums durch die Landeslottogesellschaften auf einer eigenständigen unternehmerischen Entscheidung oder einer abgestimmten Verhaltensweise beruht. Denn ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV (bzw. § 1 GWB) kommt nur in Betracht, wenn die Beschränkung der Geschäftstätigkeit auf das jeweilige Heimatbundesland auf einer Verhaltenskoordination zwischen den Landeslottogesellschaften beruht.

b) Verhaltenskoordination zwischen den Lottogesellschaften beim Verzicht auf Vertriebsaktivitäten in anderen Bundesländern?

Der Umstand, dass bislang alle Lottogesellschaften davon absehen, Konzessionen für den Vertrieb von Lotto in anderen Bundesländern zu beantragen,⁸¹ müsste das Ergebnis eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens zwischen ihnen sein mit dem Ziel, sonst bestehende wettbewerbliche Risiken auszuschalten. Für das Vorliegen einer praktischen Zusammenarbeit der Lottogesellschaften bei der wechselseitigen Konzentration ihrer Geschäftstätigkeit auf ihr Sitzbundesland sprechen eine Reihe von Indizien:

Zunächst deutet bereits die Vorgeschichte der derzeitigen Regulierung des Glücksspielrechts darauf hin, dass offenbar ein starkes wechselseitiges Interesse der Lottogesellschaften besteht, ein Eindringen anderer Lottogesellschaften in den eigenen „Heimatmarkt“ zu verhindern. Die im Deutschen Lotto- und Totoblock (DLTB) zusammengeschlossenen Landeslottogesellschaften haben seit jeher das Ziel verfolgt, die Lotteinnahmen entsprechend ihrem regionalen Aufkommen jeweils im eigenen Bundesland zu halten.

Dazu hatten sie im sog. Blockvertrag vereinbart, die von ihnen veranstalteten Lotterien nur in dem Land zu vertreiben, in dem sie ihren Sitz haben und zugelassen sind. Diese den Anbieterwettbewerb der Lottogesellschaften beschränkende Gebietsabsprache, die auf dem Lotteriemarkt zur Bildung von 16 regionalen, auf das jeweilige Bundesland begrenzten (Quasi-)Monopolen geführt hat, wurde durch den sog. Regionalisierungsstaatsvertrag flankiert. Dieser führte zu einer nachträglichen

80 BGH, Beschluss v. 8.5.2007, KVR 31/06, WuW/E DE-R 2035, 2039 – *Lotto im Internet*.

81 So für die Zeit vor dem ersten GlüStV ausdrücklich BGH, Beschluss v. 8.5.2007, KVR 31/06, WuW/E DE-R 2035, 2039 – *Lotto im Internet*. Daran hat sich, soweit ersichtlich, bis heute nichts geändert.

Rückverteilung der Einnahmen aus der bundesweiten gewerblichen Spielvermittlung durch unabhängige private Unternehmen auf die Herkunftsländer der Spieler und beseitigte auf diese Weise die Anreize für die Lottogesellschaften, durch Gewährung höherer Provisionen an einzelne Spielvermittler größere Spieleinsätze auch aus anderen Ländern auf sich zu ziehen. Nachdem beide Wettbewerbsbeschränkungen, sowohl auf dem Anbietermarkt für Lotterien wie auf dem Nachfragemarkt für gewerbliche Spielvermittlung, durch das BKartA rechtskräftig untersagt worden waren,⁸² wurde die Gebietsaufteilung zwischen den Landeslottogesellschaften mit dem am 1.1.2008 in Kraft getretenen GlüStV auf eine andere Grundlage gestellt: den länderspezifischen Erlaubnisvorbehalt für das Angebot und den Vertrieb von Lotterien. Daneben kam es zur weitgehenden Ausschaltung der privaten Lottovermittlung insbesondere durch die vollständige Untersagung des Internetvertriebs (§ 4 Abs. 4 und § 25 Abs. 6 GlüStV). Ein Aufbrechen der mittels landesbezogener Erlaubnisse durchgesetzten Gebietsaufteilung ist offenbar auch nach der Einführung eines Erlaubnisvorbehalts und damit partiellen Wiederzulassung des Internetvertriebs durch den GlüÄndStV zum 1.7.2012 von keiner einzigen Landeslottogesellschaft versucht worden.

Für die stillschweigend konsentiert fortgeführte früheren expliziten Gebietsaufteilung zwischen den Lottogesellschaften spricht insbesondere ihr Verhalten in Bezug auf den Internetvertrieb. Denn die insoweit ohne weiteres mögliche Adressierung eines größeren, über das eigene Bundesland hinausreichenden Kreises an potentiellen Lottospielern wird durch die Etablierung eines einheitlichen Internet-Portals aller Landeslottogesellschaften unter der Domain www.lotto.de ersetzt. Dabei wird zugleich die strikte Regionalisierung der Umsätze fortgeführt, indem die Spieler jeweils auf die Seite der Lottogesellschaft ihres Heimatbundeslands weitergeleitet werden und mit dieser den Spielvertrag abschließen. Mit dieser Erweiterung und Zementierung der regionalen Marktaufteilung zwischen den Landeslottogesellschaften wird diesen zugleich jeglicher Anreiz genommen, über alternative Vertriebskanäle in die Heimatmärkte anderer Mitglieder des DLTB vorzudringen. Die Vereinbarung, den gemeinsamen Internetauftritt mit einer strikten Regionalisierung der auf diesem Weg generierten Umsätze zu verbinden, setzt implizit auch einen entsprechenden Grundkonsens über das wech-

⁸² BKartA, Beschluss v. 23.8.2006, B 10-148/05, WuW/E DE-V 1251, Rn. 518 ff. – *Deutscher Lotto- und Totoblock*; bestätigt durch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8.6.2007, VI Kart 15/06, WuW/E DE-R 2003 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*; BGH, Beschluss v. 14.8.2008, KVR 54/07, WuE/E DE-R 2408 – *Lottoblock*.

selseitige Unterlassen sonstiger Vertriebsaktivitäten außerhalb des jeweils eigenen Bundeslandes voraus.

Weitere Anhaltspunkte für eine einvernehmliche, koordinierte Beschränkung der eigenen Tätigkeit der Lottogesellschaften auf das Territorium ihres jeweiligen Sitzbundeslandes ergeben sich aus dem Verhalten der landeseigenen Lottogesellschaft von Schleswig-Holstein. Nach dem 2012 erlassenen (inzwischen mit Wirkung vom 8. Februar 2013 wieder außer Kraft getretenen, aber für die nach diesem Gesetz zugelassenen Glücksspielanbieter weiter fortgeltenden) Glücksspielgesetz dieses Landes war mehr als ein Jahr lang die Vermittlung staatlicher Lotterien sogar ohne Erlaubnis möglich. Obwohl aus ökonomischer Sicht die Generierung möglichst großer Umsätze auch von Kunden außerhalb des eigenen Bundeslands vorteilhaft gewesen wäre, zumal dafür keine eigene Vertriebsorganisation aufgebaut werden musste, verlangte Nordwest-Lotto von gewerblichen Vermittlern, dass sie die bei ihr einzureichenden Spielscheine nur an Personen verkauften, die sich in Schleswig-Holstein aufhielten und dort auch ihren Wohnsitz hatten. Die landeseigene Lottogesellschaft hielt sich also „an die Gebietsaufteilung im Deutschen Lotto- und Totoblock“, ⁸³ und zwar selbst, als ökonomische Erwägungen und die Begründung des Landesgesetzes ⁸⁴ eigentlich dagegen sprachen. Auch wenn Nordwest-Lotto zu einem solchen Verhalten offenbar durch einen sonst drohenden Ausschluss aus dem Deutschen Lotto- und Totoblock motiviert worden war, ⁸⁵ zeigt sich hierin, dass die Absicherung und Zementierung der Gebietsaufteilung gerade nicht auf autonomen unternehmerischen Entscheidungen der einzelnen Lottogesellschaften beruht, sondern auf einem übereinstimmenden Grundkonsens der Mitglieder des DLTB, der sogar mittels „Kartellzwang“ durchgesetzt werden soll. Die Drohung mit einem Ausschluss aus dem DLTB ist ein klares Indiz für eine Kartellabsprache zwischen den Lottogesellschaften zur Gebiets- und Kundenaufteilung. Denn typisches Merkmal eines funktionsfähigen, stabilen Kartells ist, dass Mitglieder, die sich nicht an die bisherige Absprache halten (wollen), empfindlich sanktioniert werden, um einen Austritt aus dem Kartell zu verhindern.

⁸³ So explizit *Monopolkommission*, 19. Hauptgutachten, Tz. 38 a.E.

⁸⁴ Vgl. Landtagsdrucksache Schleswig-Holstein 17/1100, S. 46.

⁸⁵ Vgl. *Süddeutsche Zeitung* v. 9.12.2011 („Kein Lotto im Norden – Staatliches Glücksspiel prüft Rauswurf von Schleswig-Holstein“); *Die Welt* v. 10.12.2011 („Lottoblock prüft Rauswurf des Nordens – Reaktion auf neues liberaleres Glücksspielgesetz“).

Nach alledem drängt sich der Schluss auf, dass die Unterlassung eines eigenständigen Auftretens beim Vertrieb von Lottospielscheinen außerhalb des eigenen Bundeslandes nicht auf einer autonomen unternehmerischen Entscheidung der jeweiligen Landeslottogesellschaft beruht, sondern auf einer entsprechenden stillschweigenden Willensübereinstimmung oder zumindest auf einer Verhaltensabstimmung über die wechselseitige Respektierung der jeweiligen Heimatmärkte der anderen Lottogesellschaften. Als Instrument zum Informationsaustausch und zur einheitlichen Ausrichtung des künftigen Marktverhaltens fungiert dabei insbesondere der DLTB. Dessen Stellungnahme im Rahmen der Evaluation des GlüStV und die dabei erhobenen Forderungen für die Ausgestaltung des GlüÄndStV untermauern dies eindrucksvoll: Insbesondere forderte der DLTB ausdrücklich die Ausschaltung des Provisionswettbewerbs zwischen den Landeslottogesellschaften.⁸⁶

Trotz der primären Implementierung der Gebietsaufteilung mittels landesbezogener Erlaubnisse sprechen somit gewichtige Indizien dafür, dass die Unterlassung eines weitergehenden eigenen Vertriebs von Spielscheinen außerhalb der Grenzen des Heimatbundeslandes, sei es über das Internet oder auf anderen Wegen, Ausdruck eines koordinierten Verhaltens der Landeslottogesellschaften ist, wechselseitig die jeweiligen regionalen Monopole für die Veranstaltung von Lotterien auch bei sämtlichen Vertriebsaktivitäten zu respektieren.

3. Spürbare Wettbewerbsbeschränkung und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Sofern die Beschränkung der Vertriebsaktivitäten auf ihr jeweiliges Heimatbundesland tatsächlich auf einer Absprache oder abgestimmten Verhaltensweise zwischen den Lottogesellschaften beruht, kann darin grundsätzlich eine spürbare Beschränkung des Anbieterwettbewerbs in Form einer das gesamte Bundesgebiet umfassenden territorialen Marktaufteilung liegen. Voraussetzung dafür wäre aber, dass hierdurch ein realistischer und nicht nur theoretisch vorstellbarer potentieller Wett-

⁸⁶ So führte der Präsident der Staatlichen Lotterieverwaltung Bayern als Federführer des DLTB in der mündlichen Anhörung der Länder zum Staatsvertragsentwurf am 25.05.2011 in Magdeburg wörtlich aus: „*Beim Thema gewerbliche Spielvermittlung fehlen zudem aus unserer Sicht klare Regelungen, wo eine Abgabe der Spieleinsätze erfolgen soll. Dies ist wichtig zur Vermeidung eines Provisionswettbewerbs.*“, s. die Niederschrift über die ergänzende Anhörung am 25. Mai 2011 in der Staatskanzlei des Landes Sachsen-Anhalt, Magdeburg.

bewerb zwischen den Lottogesellschaften ausgeschlossen wird. Sofern das der Fall ist, bestehen bei einer sich auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaates erstreckenden Wettbewerbsbeschränkung auch keine Zweifel an der Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.⁸⁷

Etwas anderes gilt aber, soweit eine eigenständige regionale Expansion die finanziellen oder sonstigen Kapazitäten der einzelnen Landeslottogesellschaft überschreiten würde oder mit derartigen Risiken verbunden wäre, dass ein Marktzutritt in andere Bundesländer für sie kaufmännisch unvernünftig wäre.⁸⁸ In diesem Fall wäre sie kein potentieller Wettbewerber auf den Märkten außerhalb ihres eigenen Landes. Zwar dürfte der Aufbau eines eigenen Systems von stationären Lottoannahmestellen in anderen Bundesländern für die meisten Lottogesellschaften wegen des damit verbundenen hohen Aufwands insbesondere für die logistische und werbliche Unterstützung der zu akquirierenden Handelsvertreter nicht attraktiv erscheinen. Eine regionale Ausweitung ihrer Vertriebsaktivitäten wäre aber jedenfalls über das Internet (und wohl auch auf dem Postwege) zu unternehmerisch vernünftigen Konditionen möglich, im Hinblick auf die hohen Investitions- und Fixkosten für den ohnehin bereits vorhandenen Eigenvertrieb im Internet sogar naheliegend, um mögliche Skaleneffekte ausnutzen zu können. Da – soweit ersichtlich – alle Landeslottogesellschaften (trotz der Etablierung der gemeinsamen Plattform www.lotto.de) über einen eigenständigen Internet-Auftritt verfügen, könnten sie um die Akquirierung von Spielaufträgen auch außerhalb ihrer Landesgrenzen konkurrieren, sofern sie die dafür erforderliche Erlaubnis beantragten und erhielten.

Für die Akquirierung von Lottotipps von Kunden außerhalb des eigenen Bundeslands besteht auch ein hinreichender wirtschaftlicher Anreiz, da die Abgabe der Spielscheine unmittelbar die erzielbaren Einnahmen der Lottogesellschaft erhöht. Jede Lottogesellschaft müsste daher bestrebt sein, möglichst viele Lottotipps auf sich zu vereinigen. Wenn sie dennoch aufgrund einer wechselseitigen Verständigung mit den anderen

87 Ebenso BGH, Beschluss v. 14.8.2008, KVR 54/07, WuE/E DE-R 2408, 2415 Rn. 36, 2420 Rn. 95 – *Lottoblock* (zum Beschluss des Rechtsausschusses des DLTB vom 25./26.4.2005, terrestrisch generierte Spielumsätze der gewerblichen Spielvermittler zurückzuweisen, sowie zur Marktaufteilung durch den früheren § 2 Blockvertrag des DLTB).

88 Vgl. zu diesem sog. Arbeitsgemeinschaftsgedanken nur BGH WuW/E BGH 2050 – *Bauvorhaben Schramberg*; Immenga, DB 1984, 385 ff.; Zimmer in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2007, § 1 GWB Rn. 182 ff. m.w.N.

Lottogesellschaften auf den Eintritt andere räumlich relevante Lottomärkte (über das Internet) verzichtet, obwohl dies zu wirtschaftlich tragbaren Kosten und Risiken möglich wäre, wird auf diese Weise realistischer potentieller Wettbewerb ausgeschlossen.

Eine derart flächendeckende Wettbewerbsbeschränkung ist auch nicht nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt. Unabhängig davon, ob mit der Konzentration der Vertriebstätigkeiten jeder Lottogesellschaft auf ihr Heimatbundesland tatsächlich in so beträchtlichem Umfang Kosteneinsparungen oder andere Effizienzgewinne zu erzielen wären, dass sie die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung kompensieren könnten, fehlt es jedenfalls an einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn und an der Voraussetzung, dass der Wettbewerb nicht gänzlich ausgeschlossen werden darf.⁸⁹

Die Ausnahmenvorschrift des Art. 106 Abs. 2 AEUV greift ebenfalls nicht ein (vgl. oben S. 170).

C. Wettbewerbsverstoß durch den vereinheitlichten Internetvertrieb der Lottogesellschaften über die gemeinsame Plattform „www.lotto.de“

I. Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV/§ 1 GWB

Die Lottogesellschaften der Bundesländer kooperieren, wie oben dargestellt, im Bereich des Online-Angebots von Lotterieverträgen miteinander durch die Etablierung des zentralen Internet-Portals „www.lotto.de“. Dabei handelt es sich um eine Vertriebsgemeinschaft für das Angebot von Lottospielen. Die darin liegende Koordinierung ihres Auftretens beim Online-Vertrieb ist kartellrechtlich an den deutschen und europäischen Vorschriften zum Verbot einer wettbewerbsbeschränkenden Verhaltenskoordination (§§ 1-3 GWB bzw. Art. 101 AEUV) zu überprüfen.

⁸⁹ Im Ergebnis übereinstimmend zur unzulässigen territorialen Beschränkung der Lottogesellschaften nach § 2 Blockvertrag des DLTB BGH, Beschluss v. 8.5.2007, KVR 31/06, WuW/E DE-R 2035, 2039 – *Lotto im Internet* („keine Anhaltspunkte“ für ein Eingreifen der Legalausnahme).

1. Vereinbarung zwischen Unternehmen

Die Lottogesellschaften der Bundesländer sind mit dem Angebot von Lottospielen selbständig wirtschaftlich tätig und folglich als Unternehmen i.S.d. Art. 101 AEUV/§ 1 GWB zu qualifizieren.⁹⁰ Insbesondere stellen sich vorliegend keine besonderen Probleme der Abgrenzung zu einer hoheitlichen Tätigkeit, zumal die Einrichtung der zentralen Internetplattform www.lotto.de in den staatlichen Vorschriften des Glü-ÄndStV nicht vorgesehen ist. Die Länder hatten zwar zunächst entsprechende Pläne, ließen diese jedoch im Rahmen des Notifizierungsverfahrens des Glü-ÄndStV wieder fallen, nachdem die Kommission Kritik an dem „einheitlichen Direktmarketingmodell für Lotterien unter unmittelbarer Kontrolle der Bundesländer“ geäußert hatte.⁹¹ Die Lottogesellschaften folgen somit nicht etwa einer staatlichen Vorgabe, sondern haben sich eigenständig zu diesem kooperativen Vorgehen entschlossen.

Die Einrichtung des einheitlichen Internetauftritts basiert auch auf einer entsprechenden Vereinbarung zwischen den Lottogesellschaften. Sie ist Ausdruck ihres gemeinsamen Willens, sich gegenüber Online-Kunden auf dem Markt in bestimmter Weise zu verhalten. Neben der einvernehmlichen Errichtung des Portals und Beauftragung von Toto-Lotto Niedersachsen (TLN) mit dem Betrieb der Website sind auch alle sonstigen Regelungen, insbesondere über die Regionalisierung der Spielaufträge mittels Weiterleitung der ausgefüllten Lottoscheine an die jeweilige Landeslottogesellschaft im Wohnsitzland des Kunden, Teil dieser Vereinbarung.

2. Wettbewerbsbeschränkung

Fraglich ist, ob die Vertriebskooperation in Gestalt des einheitlichen gemeinsamen Internetauftritts eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.

⁹⁰ Dazu ausführlich BKartA, Beschluss vom 23.8.2006, B10-92713-Kc148/05, Rn. 74-102 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*; BGH, Beschluss vom 8.5.2007, WuW/E DE-R 2035, 2038 Rn. 23 – *Lotto im Internet*; BGH, Beschluss v. 9.3.1999, WuW/E DE-R 289, 291 – *Lottospielgemeinschaft*. Vgl. auch EuGH, Urt. v. 3.6.2010, C-203/08, Rn. 44 – *Sporting Exchange Ltd./Minister van Justitie*.

⁹¹ Schreiben der Kommission vom 18.7.2011, S. 8 f. Die im Entwurf des Glü-ÄndStV vom 14.4. 2011 vorgesehene Regelung zu der zentralen Internetplattform der Lottogesellschaften wurde daraufhin gestrichen und die Kommission entsprechend informiert.

a) Nähere Charakterisierung der Art der Kooperation

Im Vergleich zu „normalen“ Vertriebsgemeinschaften zwischen den konkurrierenden Anbietern eines Produkts, die grundsätzlich zu einer Vereinheitlichung der Preise und weiterer Wettbewerbsparameter zwischen den Parteien führen,⁹² zeichnet sich die vorliegende Fallkonstellation durch zwei Besonderheiten aus: Zum einen verfügt jede der teilnehmenden Lottogesellschaften bereits ohne die Zusammenarbeit über eine monopolähnliche Stellung für das Angebot von Lotterieleistungen in seinem Heimatbundesland. Zum anderen sind keine offensichtlichen Anreize für eine Vereinheitlichung von Produktpreisen und sonstigen Konditionen gegenüber den Kunden ersichtlich, da eine strikte Allokation der Kunden nach dem Regionalitätsprinzip stattfindet. Ein Vertragsschluss erfolgt jeweils nur mit solchen Internetkunden, die im Heimatbundesland der jeweiligen Lottogesellschaft wohnen. Die gemeinsame Plattform dient insoweit der Bündelung der Vermarktung bei der Anbahnung des Kontakts mit potentiellen Spielern im Internet. Diese werden dann aber – noch vor dem Vertragsschluss – jeweils auf die Seite derjenigen Landeslottogesellschaft weitergeleitet, in deren Gebiet sich ihr Wohnsitz befindet. Den Spielvertrag schließen sie daher zu den gleichen Konditionen mit der gleichen Landeslottogesellschaft ab, wie sie es bei der terrestrischen Tippabgabe in einer Lotto-Annahmestelle getan hätten.

In seinem Beschluss „*Deutscher Lotto- und Totoblock*“ aus 2006 grenzte das BKartA einen „Markt für Lotterien“ ab. Dieser umfasste seinerzeit in sachlicher Hinsicht die verschiedenen Erscheinungsformen des Zahlenlottos unter Ausgrenzung anderer Produkte wie Sportwetten sowie der Angebote von Spielbanken, Spielhallen usw.⁹³ In räumlicher Hinsicht legte das BKartA wegen unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen – wie beispielsweise regional unterschiedlicher Bearbeitungsentgelte für die Annahme von Lotto-Spielscheinen – separate Märkte für jedes einzelne Bundesland zugrunde.⁹⁴ Vor dem Hintergrund der

92 Vgl. *Kommission*, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit („Horizontalleitlinien“), ABl. 2011, C 11/1, Tz. 225 ff.; *Zimmer* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 262 ff. m.w.N.

93 BKartA, Beschluss vom 23.8.2006, B10-92713-Kc148/05, Rn. 171-190 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*.

94 BKartA, Beschluss vom 23.8.2006, B10-92713-Kc148/05, Rn. 191-219 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*.

Existenz von 16 separaten Märkten für das Angebot von Lotto geht es bei der Errichtung des einheitlichen Internetportals www.lotto.de nicht um eine Vertriebsgemeinschaft von aktuellen Konkurrenten in demselben relevanten Markt, sondern um eine marktübergreifende Vertriebskooperation der Landeslottogesellschaften.

Mit dem gemeinsamen Internetauftritt über www.lotto.de sollen dabei einerseits gewisse Synergieeffekte erzielt werden, andererseits findet aber keine Vergemeinschaftung der Kundenbasis statt. Vielmehr hat die Kooperation primär eine „Anbahnungs- und Kanalisierungsfunktion“ für den Zugang zu Online-Spielern, d.h. die einheitliche Plattform im Internet vereinfacht und stärkt diese Vertriebsschiene der Lottogesellschaften im Vergleich zu einem separaten Auftreten der einzelnen Gesellschaften über die eigenen Homepages. Damit steigern die Lottogesellschaften ihre eigene Schlagkraft im Direktvertrieb auf der Endkundenebene und verbessern insoweit ihre Position gegenüber den privaten Spielvermittlern, soweit diese ebenfalls Kunden über das Internet ansprechen und Spielaufträge den Lottogesellschaften zuführen. Je besser es den Lottogesellschaften selbst gelingt, potentielle Lottospieler im Internet anzusprechen und über www.lotto.de zum Abschluss eines Spielvertrages zu veranlassen, desto geringer wird ihr Bedarf, provisionspflichtige Vermittlungsdienstleistungen gewerblicher Anbieter in Anspruch zu nehmen.

Zugleich dient das gemeinsame Internetportal der Durchführung und Absicherung des Regionalitätsprinzips. Die mittels Registrierungspflichtigen erfolgende Zuweisung des Online-Kunden jeweils an seine „Heimat-Lottogesellschaft“ sichert den exklusiven Zugang jeder Landeslottogesellschaft zu den potentiellen Internetkunden im eigenen Bundesland und verhindert eine Aushöhlung des Verbots der länderübergreifenden Quervermittlung.

Fraglich ist, ob die einheitliche Plattform für das Internetangebot auch zu einer Angleichung von (sonstigen) Wettbewerbsparametern führt, die von den Lottogesellschaften bislang unabhängig eingesetzt worden sind oder zumindest wahrgenommen werden könnten (potentieller Wettbewerb). Voraussetzung dafür wäre, dass beim Angebot von Lotto gegenüber den Endkunden überhaupt ein beschränkbarer Wettbewerb zwischen den Landeslottogesellschaften existiert.

*b) Beschränkbarer Wettbewerb zwischen den Landeslottogesellschaften**aa) Kein aktueller Wettbewerb zwischen den Lottogesellschaften*

Im Ausgangspunkt lässt sich die wettbewerbliche Situation mit der Monopolkommission als „gewollte Branchenmonopolisierung durch staatliche Anbieter“ beschreiben, die u.a. über das Instrument landesbezogener Erlaubnisse eine strikte Gebietsaufteilung durchgesetzt und ihren sich auf das jeweilige Bundesland beschränkenden Landeslottogesellschaften für besonders beliebte Lottospiele wie „6 aus 49“ jeweils ein Gebietsmonopol verschafft haben.⁹⁵ „Hinzu kommt eine vertikale Integration der Landeslottogesellschaften, da sie insbesondere mit den zugelassenen Lotto-Annahmestellen eine eigene Vertriebsorganisation besitzen. Infolge dieser Situation erwirtschaften und verteilen die Landeslottogesellschaften derzeit Monopolrenten aus dem Lottospiel.“⁹⁶

De facto gibt es somit keine unmittelbare Konkurrenzsituation zwischen einzelnen Lottogesellschaften. Derzeit hat jeder Lottospieler an einem bestimmten Standort keine Wahl zwischen verschiedenen Lottogesellschaften, und zwar unabhängig davon, ob er seinen Spielschein an einer stationären Annahmestelle oder im Internet abgibt.⁹⁷ Angesichts der Existenz von 16 parallelen (faktischen) Monopolstellungen in den räumlich jeweils auf das betreffende Bundesland begrenzten Märkten für die Veranstaltung von Lotto kommt lediglich eine Beschränkung potentiellen Wettbewerbs in Betracht.

bb) Bestehen eines potentiellen Wettbewerbsverhältnisses

Entscheidendes Kriterium für die Annahme eines potentiellen Wettbewerbsverhältnisses ist, dass die fraglichen Unternehmen in absehbarer Zeit in den relevanten Markt eintreten können und dies in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auch tatsächlich zu erwarten ist.⁹⁸ In Teil B des Gutachtens wurde bereits ausgeführt, dass eine Erweiterung des Vertriebs der eigenen Lottoveranstaltung durch die Landeslottogesellschaften über ihr eigenes Bundesland hinaus (zumindest

⁹⁵ Monopolkommission, 19. Hauptgutachten, Tz. 39.

⁹⁶ Monopolkommission, 19. Hauptgutachten, Tz. 39 (Hervorhebung hinzugefügt)

⁹⁷ Dies ist nur in der Ausnahmesituation nicht der Fall, wenn sich Spieler im unmittelbaren Grenzgebiet von Bundesländern befinden bzw. dort wohnhaft sind.

⁹⁸ Vgl. Kommission, Horizontalleitlinien (oben Fn. 92), Tz. 10; Emmerich in Immenga/Mestmäcker (oben Fn. 6), Art. 101 Abs. 1 AEUV Rdnr. 122 m.w.N.

theoretisch) durchaus möglich wäre. Fraglich ist allerdings, ob dies auch eine realistische Option darstellt.

Ausgangspunkt der Betrachtung muss insoweit sein, dass sich das Angebot der Landeslottogesellschaften an die (potentiellen) Spieler trotz der bundeseinheitlichen Ziehung der Lottozahlen und einheitlicher Quoten nach wie vor in bestimmten, nicht unwesentlichen Punkten unterscheidet. Das gilt insbesondere im Hinblick auf die Höhe der Bearbeitungsentgelte, die Angebotsvielfalt und die Verfügbarkeit bestimmter zusätzlicher Servicedienste.⁹⁹ Insoweit bliebe trotz der bundeseinheitlichen Ziehung der Lottozahlen und Gewinnquoten also durchaus Raum für einen gewissen (Rest-)Wettbewerb zwischen den Lottogesellschaften, sofern sie sich auf dem gleichen Markt begegnen würden, insbesondere hinsichtlich der Qualität der angebotenen Lotterieleistungen bzw. ergänzender Zusatzdienste (z.B. Zusatzausspielungen, SMS-Information über Gewinne, Smartphone-Apps).

Die tatsächlichen Aussichten für eine künftige Entstehung von (Angebots-)Wettbewerb zwischen verschiedenen Lottogesellschaften (um den Abschluss von Spielverträgen mit Endkunden in denselben Gebieten) hängen davon ab, inwieweit sie einerseits den Anreiz, andererseits – bei realistischer Betrachtung – auch die Fähigkeit zu einem länderübergreifenden Vertrieb des von ihnen veranstalteten Lottospiels haben. Dabei ist hier für die folgenden Erwägungen zu unterstellen, dass sie eine entsprechende Erlaubnis zum Tätigwerden in anderen Bundesländern erhalten, zumal keine ordnungsrechtlichen Gründe für die Versagung einer solchen Genehmigung gegenüber anderen staatlichen Lottogesellschaften ersichtlich sind (vgl. oben S. 153, 159 f.).

Der Aufbau eines terrestrischen Systems von Lotto-Annahmestellen in anderen Bundesländern dürfte wegen des damit verbundenen hohen Aufwands realistischerweise eher nicht in Betracht kommen. Denn um Betreiber für stationäre Annahmestellen als Handelsvertreter für eine landesfremde Lottogesellschaft gewinnen zu können, müsste diese ihnen wohl nicht nur die technische Infrastruktur und Werbematerialien zur Verfügung stellen, sondern auch erhöhte Provisionen zahlen und sonstige umfangreiche Unterstützung zukommen lassen. Ganz ausschließen

99 So differieren die bei Abgabe der Lottoscheine zu zahlenden Bearbeitungsentgelte von Bundesland zu Bundesland zum Teil ganz erheblich (bis zu 350% nach BKartA, Beschluss v. 29.11.2007, B 6-158/07, WuW/E DE-V 1517, Rn. 124 – *LRP/Lotto Rheinland-Pfalz*). Außerdem gibt es Unterschiede bei Mehrwochenaufträgen und Anteilscheinen (BKartA, a.a.O., Rn. 125 ff.).

lässt sich aber nicht, dass es expansionswilligen Lottogesellschaften dennoch gelingen könnte, etwa Tankstellen oder andere schon bestehende Handelsvertreter-Netze für einen zusätzlichen Vertrieb von Lottospielen zu gewinnen.

Jedenfalls aber wäre es für die Landeslottogesellschaften ohne weiteres möglich, einen nicht ganz unwesentlichen Teil der Spieler aus anderen Bundesländern auf andere Weise zu erreichen, sei es über Fernkommunikationsmittel (postalisch oder online), sei es über die Einschaltung gewerblicher Vermittler – wie in der Vergangenheit bereits praktiziert.¹⁰⁰ Über diese beiden Vertriebswege könnten die Landeslottogesellschaften ihre Kundenbasis relativ einfach verbreitern, ohne besondere Risiken übernehmen oder einen nennenswerten zusätzlichen Aufwand betreiben zu müssen. Denn mit ihrem ohnehin existierenden eigenen Internetauftritt könnten sie ohne weiteres auch potentielle Spieler aus anderen Bundesländern ansprechen. Aufwendungen für Provisionszahlungen an gewerbliche Vermittler entstünden nur im Erfolgsfalle, d.h. für die tatsächlich zugeführten (auch gebietsfremden) Spielaufträge, und könnten somit ohne weiteres aus den zusätzlich generierten Erlösen erwirtschaftet werden.

Die Landeslottogesellschaften haben auch einen wirtschaftlichen Anreiz, möglichst viele Lottotipps auf sich zu vereinigen. Denn hierdurch können sie die Einnahmen aus den Spieleinsätzen und Bearbeitungsgebühren steigern. Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass die Lottogesellschaften die möglichen Gewinne aus einer Expansion ihrer Tätigkeit offenbar geringer einschätzen als die Verluste, die sie bei einem Vordringen anderer Gesellschaften in ihr Bundesland befürchten. Vielmehr zeigen gerade die Bemühungen zu einer Absicherung der gegenwärtigen Marktaufteilung, dass eine die Ländergrenzen überschreitende Tätigkeit der Lottogesellschaften für durchaus realistisch gehalten wird. Wie bereits ausgeführt, besteht eine Funktion der gemeinsamen Internet-Plattform gerade darin, das Regionalitätsprinzip zumindest gegenüber einer internetbasierten Quervermittlung in andere Bundesländer abzusichern. Das Beispiel Schleswig-Holstein (siehe S. 180) zeigt auch, dass eine übergreifende Vermittlung zumindest von bestimmten Bundesländern als eine realistische Option angesehen wird.

100 Siehe dazu die Erläuterungen in BKartA, Beschluss vom 23.8.2006, B10-92713-Kc148/05, WuW/E DE-V 1251, Rn. 225 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*.

Festzuhalten bleibt somit, dass die Landeslottogesellschaften nicht nur die Fähigkeit (jedenfalls über die Vertriebswege Internet und gewerbliche Spielvermittler), sondern auch objektiv einen wirtschaftlichen Anreiz haben, länderübergreifend möglichst viele Lottotipps für sich zu akquirieren.¹⁰¹

Fraglich ist, ob dies für die Annahme eines potentiellen Wettbewerbsverhältnisses genügt oder ob zusätzlich auch eine subjektive Marktzutrittsbereitschaft (hier für eine länderübergreifende Tätigkeit des Angebots von Lotto) bestehen muss. Eine solche dürfte derzeit bei den meisten Landeslottogesellschaften nicht vorhanden sein. Allerdings kann es auf eine tatsächlich existierende Absicht zum Eintritt in einen anderen Markt schon deshalb nicht entscheidend ankommen, weil es sonst die Unternehmen selbst in der Hand hätten, über die Existenz von potentielltem Wettbewerb willkürlich zu disponieren.¹⁰² Die Frage, ob (ohne die zu beurteilende möglicherweise wettbewerbsbeschränkende Absprache) in überschaubarer Zeit realistischerweise mit der Aufnahme wettbewerbslicher Tätigkeiten im Markt durch ein anderes Unternehmen zu rechnen ist, so dass es als potentieller Konkurrent zu qualifizieren ist, muss vielmehr objektiv anhand des Maßstabs kaufmännisch vernünftig handelnder wirtschaftlicher Akteure beurteilt werden.¹⁰³ Somit kommt es hier nicht entscheidend darauf an, ob die Landeslottogesellschaften tatsächlich subjektiv den Willen zum Markteintritt in andere Bundesländer haben, sei es direkt, sei es mittelbar über die Zuführung von Kunden durch gewerbliche Lottovermittler. Abzustellen ist demgegenüber darauf, ob ein rational handelnder Akteur in vergleichbarer Lage wie das zu beurteilende Unternehmen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit in den relevanten Markt eintreten würde.

101 So auch BKartA, Beschluss v. 23.08.2006, B 10 – 148/05, WuW/E DE-V 1251, Rn. 238 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*.

102 Ebenso Nordemann in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 1 GWB Rn. 82 (objektiver Maßstab anzulegen, weil sich rein „subjektive Umstände wie Ansichten und Pläne ... jederzeit ändern können“) unter Hinweis auf BGH WuW/E BGH 1732, 1734 – *Fertigbeton*.

103 Vgl. zu diesem Maßstab bereits BGH WuW/E BGH 2050, 2051 – *Bauvorhaben Schramberg*; WuW/E DE-R 711, 717 – *Ost-Fleisch*; Nordemann in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn. 102), Rn. 83 m.w.N.; s. auch Lober in Schulte/Just, Kartellrecht, 2012, § 1 GWB Rn. 53 (Vorliegen potentiellen Wettbewerbs, wenn ein Eindringen in den Markt „objektiv möglich und kaufmännisch sinnvoll“ ist).

Diese objektive Prognose ist unter Berücksichtigung aller rechtlich und faktisch relevanten Umstände abzugeben.¹⁰⁴ Zu den maßgeblichen Faktoren, von denen die Wahrscheinlichkeit eines Marktzutritts Dritter abhängt, kann zwar auch die von den fraglichen Unternehmen verfolgte Geschäftspolitik gehören.¹⁰⁵ Im Vordergrund der Beurteilung, ob eine realistische, naheliegende Chance für den Marktzugang eines dritten Unternehmens gegeben ist, stehen jedoch objektive Faktoren wie insbesondere die Kosten des Markteintritts und sonstige Zutrittsschranken, die Wettbewerbsstärke potentieller *newcomer*, die bisherige Entwicklung des Marktes und die wirtschaftlichen Perspektiven der Branche.¹⁰⁶ Hinzu kommt, dass den einzelnen Kriterien je nach der zu beurteilenden Wettbewerbsfrage ein unterschiedliches Gewicht zukommen kann.¹⁰⁷ So geht es hier nicht um die Frage, ob irgendein außenstehendes drittes Unternehmen als potentieller Konkurrent einzuordnen ist, sondern darum, ob gerade die an der Vereinbarung beteiligten Lottounternehmen mit der Absprache potentiellen Wettbewerb untereinander ausschließen (wollen). Hierfür kann nicht auf die von ihnen verfolgte Geschäftspolitik abgestellt werden, d.h. auf ihre Absicht, nicht miteinander konkurrieren zu wollen, sondern gegenseitig die jeweiligen Heimatmärkte zu respektieren. Der Umstand, dass die Lottogesellschaften selbst keine Expansionspläne zur Ausdehnung in andere Bundesländer verfolgen, schließt somit ihre Qualifizierung als potentielle Wettbewerber nicht aus. Vielmehr führt eine objektive Analyse hier zu dem Ergebnis, dass ein rationaler, wirtschaftlich vernünftig handelnder Akteur sein Angebot auf andere Bundesländer ausdehnen würde, um zusätzliche Einnahmen für das von ihm veranstaltete Lottospiel zu gewinnen, wenn dies ohne besondere zusätzliche Risiken und Aufwendungen möglich wäre. Dies ist bei einer Kundenansprache über das Internet und/oder gewerbliche Spielvermittler der Fall. Zwischen den Landeslottogesellschaften besteht somit potentieller Angebotswettbewerb.

104 Vgl. Nordemann in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, (Fn. 102), Rn. 82 f.; Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl. 2008, § 7 Rn. 16 jeweils m.w.N.

105 Emmerich in Immenga/Mestmäcker (oben Fn. 6), Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 122.

106 Vgl. Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, ABl. 2004 C 101/97, Tz. 115.

107 So auch Emmerich in Immenga/Mestmäcker (oben Fn. 6), Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 125.

Zugleich besteht zwischen den Landeslottogesellschaften ein zumindest potentieller Wettbewerb bei der Nachfrage nach Vermittlungsleistungen sowie nach sonstigen Formen der Kooperation mit Dritten, insbesondere bei der Werbung für und Vermarktung der Lottospiele. Dafür spricht zum einen, dass sich die Lottogesellschaften vor allem im Hinblick auf gewerbliche Spielvermittler vor dem Inkrafttreten des GlüStV 2008 sogar als aktuelle Wettbewerber gegenüberstanden.¹⁰⁸ Zum anderen bestehen auch unter der Geltung des GlüStÄndStV objektive Anreize für den Abschluss von Kooperationsverträgen mit Dritten, kann doch mit derartigen Aktivitäten das Volumen der abgeschlossenen Spielverträge zum Vorteil der jeweiligen Lottogesellschaft (im eigenen Gebiet und – sofern aufgrund einer entsprechenden Erlaubnis zugänglich – in anderen Bundesländern) weiter gesteigert werden. Zudem sind die Landeslottogesellschaften ohne weiteres in der Lage, entsprechende Verträge zur intensiveren Vermarktung ihres Spielangebots abzuschließen.¹⁰⁹ Daher sind sie auch als Nachfrager nach Spielvermittlungsleistungen sowie nach Werbe- und sonstigen Kooperationspartnern zumindest potentielle Konkurrenten.

c) Zweck und Wirkungen der Vertriebskooperation über www.lotto.de

Die Vereinheitlichung des Internetauftritts der Landeslottogesellschaften unter der gemeinsamen Domain www.lotto.de könnte in mehrfacher Hinsicht zu einer Beschränkung des (sonst) zwischen ihnen bestehenden potentiellen Wettbewerbs führen. Anknüpfungspunkte für eine mögliche bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeeinträchtigung sind vor allem die Absicherung und Ausdehnung der regionalen Marktaufteilung zwischen den Landeslottogesellschaften auf den Online-Bereich sowie die Vereinheitlichung bestimmter Wettbewerbsparameter bei der Nachfrage nach vertriebsunterstützenden Dienstleistungen durch Dritte (insbesondere Werbung, Spielvermittlung). Zudem könnte es zu einer Vereinheitlichung der Konditionen und Zusatzdienste beim Angebot von Lotto kommen.

¹⁰⁸ Vgl. nur BGH, Beschluss vom 14.8.2008, WuW/E DE-R 2408, 2414 Rn. 33 – *Lottoblock*.

¹⁰⁹ Wie bereits dargelegt, darf die restriktive Genehmigungs- und Auflagenpraxis mit dem strikten Verbot der länderübergreifenden Quervermittlung von Spielscheinen wegen Verstoßes gegen Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 101, 102 AEUV nicht angewandt werden (vgl. oben Teil B, insbes. S. 172).

aa) Absicherung der regionalen Marktaufteilung zwischen den Landeslottogesellschaften

Eine Vertriebskooperation zwischen potentiellen Wettbewerbern, die auf unterschiedlichen regionalen Märkten (hier: jeweils im Heimatbundesland der Landeslottogesellschaft) tätig sind, ist prinzipiell ein geeignetes Instrument zur Umsetzung einer Gebietsabsprache. So führt die Kommission in ihren Horizontalleitlinien zutreffend aus:

„Des Weiteren besteht aus kartellrechtlicher Sicht die Gefahr, dass Vertriebsvereinbarungen zwischen Parteien, die auf verschiedenen räumlichen Märkten tätig sind, als Mittel zur Marktaufteilung missbraucht werden könnten. Nutzen die Parteien eine gegenseitige Vertriebsvereinbarung, um tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerb untereinander durch gezielte Zuteilung von Märkten oder Kunden auszuschalten, ist es wahrscheinlich, dass mit der Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird. Bei Vereinbarungen ohne Bestimmungen über Gegenseitigkeit besteht ein geringeres Risiko der Marktaufteilung. Bei derartigen Vereinbarungen muss allerdings geprüft werden, ob sie die Grundlage für ein beiderseitiges Einvernehmen bilden, nicht in den Markt der jeweils anderen Partei einzutreten.“¹¹⁰

Im vorliegenden Fall werden alle potentiellen Online-Kunden, die über das Portal www.lotto.de einen Lottotipp abgeben wollen, vor dem Abschluss des Spielvertrags auf die Website der jeweils für den Wohnort des (registrierten) Kunden „zuständigen“ Landeslottogesellschaft gelenkt. Die regionale Allokation der Kunden ist durchgängig und abschließend. Kein Kunde kann für den Abschluss des Spielvertrages mit einer anderen Lottogesellschaft optieren. Auf diese Weise wird verhindert, dass Lottospieler aus einem Bundesland über das Internet zu der Lottogesellschaft eines anderen Bundeslandes „abwandern“ können. Die im stationären Bereich bestehende regionale Marktaufteilung zwischen den Landeslottogesellschaften wird auf das Internet ausgedehnt und zementiert. Die konkrete Ausgestaltung der marktübergreifenden Vertriebskooperation mit ihrem bundeseinheitlichen Internetauftritt bei gleichzeitiger strikter Regionalisierung der akquirierten Spielumsätze macht deutlich, dass diese räumliche Marktaufteilung auch bezweckt ist.

Eine Beschränkung der Tätigkeit der Lottogesellschaften auf ihr eigenes Bundesland ist nicht etwa ordnungsrechtlich zwingend vorgege-

110 Kommission, Horizontalleitlinien (oben Fn. 92), Tz. 236.

ben. Wie in Teil B. bereits dargelegt, dürfen die Lottogesellschaften zwar aufgrund der gesetzlichen Regelungen im GlüÄndStV und den Ausführungsgesetzen der Länder Lottospiele nur in den Bundesländern anbieten, in denen sie über eine entsprechende Erlaubnis verfügen. Sie könnten jedoch entsprechende Erlaubnisse für andere Länder als ihr Heimatbundesland durchaus mit Aussicht auf Erfolg beantragen. Bei objektiver Betrachtung bestehen dafür auch hinreichende wirtschaftliche Anreize.

Diese Anreize werden jedoch durch die Vereinbarung zur Errichtung des gemeinsamen Portals www.lotto.de in Kombination mit der ausdrücklich konsentierten Regionalisierung der auf diesem Wege erzielten Umsätze durch die Weiterleitung jedes Internetkunden an die Lottogesellschaft seines Heimatbundeslandes beseitigt. Die unterlassene Ausdehnung in andere Bundesländer beruht somit nicht auf einer individuellen, selbstständig getroffenen unternehmerischen Entscheidung jeder Lottogesellschaft. Vielmehr liegt eine „kollektive Expansionsverweigerung“ auf der Basis einer Vereinbarung bzw. abgestimmten Verhaltensweise vor. Die Errichtung der gemeinsamen Internetplattform ist Ausdruck und Vehikel für die wechselseitige Beschränkung jeder Landeslottogesellschaft auf ihr Heimatbundesland.

Denn in der Vereinbarung, ein gemeinsames, einheitliches Internetportal bundesweit zu betreiben, liegt implizit die Verhaltensabstimmung zwischen den Lottogesellschaften, jeweils nicht außerhalb der Landesgrenzen tätig zu werden. Das gilt zunächst für die eigenen Internetauftritte der Landeslottogesellschaften, die durch das zentrale, bundesweit beworbene Portal www.lotto.de marginalisiert werden. Ihre Ausweitung zur Akquirierung von Spieltipps aus anderen Bundesländern (im Widerspruch zu der strikt bundeslandsbezogenen Verteilung der Spielaufträge über das gemeinsame Portal) ist damit praktisch nicht mehr sinnvoll. Darüber hinaus reduziert die explizite regionale Kundenallokation bei der Abgabe von Lottotipps im Internet auch den Anreiz zu anderweitigen länderübergreifenden Akquisitionstätigkeiten (über andere Fernkommunikationsmittel oder die Einschaltung von gewerblichen Lottovermittlern). Etwaige Versuche einer Lottogesellschaft, außerhalb des Internet einen Fernvertrieb in anderen Ländern zu beginnen, werden aufgrund der über www.lotto.de abgesicherten Regionalität des Lottovertriebs unwirtschaftlicher und unwahrscheinlicher. Insgesamt dient die Errichtung der gemeinsamen Plattform somit der Implementierung einer umfassenden kartellrechtswidrigen Gebietsabsprache.

Diese bezweckte Wettbewerbsbeschränkung ist auch spürbar. Sie fällt nicht unter die *de minimis*-Ausnahme nach der Bagatellbekanntmachung der Kommission.¹¹¹ Das ergibt sich schon daraus, dass an der Vereinbarung alle 16 Lottogesellschaften und damit sämtliche potentiellen Wettbewerber mit Sitz im Inland beteiligt sind. Man mag einwenden, dass sich die Vereinbarung lediglich auf den Internetvertrieb beziehe und nur ein relativ geringer Prozentsatz aller Lottotipps über diesen Vertriebsweg generiert werde, so dass letztlich nur ein unbedeutender Teil der Lottotipps von der Vereinbarung betroffen sei. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass angesichts der restriktiven Regelungen im Lottomarkt gerade dem noch bestehenden Restwettbewerb beim Vertrieb über das Internet besondere Bedeutung zukommt.¹¹² Ein derartiger Restwettbewerb auf weitgehend vermachteten Märkten wird prinzipiell als besonders schutzwürdig angesehen.¹¹³ Zudem gilt die übliche Quantifizierung der Spürbarkeitsschwelle von 10% Marktanteil bei horizontalen Vereinbarungen, wie sie die Kommission in ihrer *de minimis*-Bekanntmachung zugrundelegt,¹¹⁴ nicht für sog. Kernbeschränkungen. Dazu zählen nach Ziff. 11 Nr. 1 lit. c) der Bekanntmachung Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die eine „Aufteilung von Märkten oder Kunden“ bezwecken. Nach der Rechtsprechung des EuGH brauchen die tatsächlichen Auswirkungen einer Vereinbarung bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen generell nicht berücksichtigt zu werden, weil sie schon ihrer Natur nach als wettbewerbschädlich angesehen werden; in diesen Fällen liegt daher unabhängig von den konkreten Auswirkungen immer eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs vor.¹¹⁵

111 *Kommission*, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Abs. 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (*de minimis*), ABl. 2001 C 368/13.

112 Vgl. BKartA, Beschluss v. 23.08.2006, B 10 – 148/05, Rn. 225 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*.

113 Vgl. allgemein *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker (oben Fn. 6), Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 121 m.w.N.; s. auch BGH, Beschluss v. 29.4.1981, KVR 2/80, WuW/E BGH 1854, 1860 – *Zeitungsmarkt München*; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.04.2001, Kart 22/01 (V), WuW/E DE-R 665, 666 – *NetCologne*; BKartA, Beschluss v. 03.04.2008, B 7 – 200/07, WuW/E DE-V 1567, 1577 Rn. 281 – *Kabel Deutschland* (zur deutschen Fusionskontrolle).

114 *Kommission*, Bagatellbekanntmachung (oben Fn. 111), Tz. 7 lit. a).

115 EuGH, Urt. v. 13.12.2012, Rs. C 226/11, GRUR Int. 2013, 285 Rn. 35-37 m.w.N. – *Expedia*.

Dementsprechend führt die gebotene qualitativ-wertende Betrachtung hier zu dem Ergebnis, dass die Einrichtung des gemeinsamen Portals www.lotto.de unter Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB eine spürbare Beschränkung des potentiellen Wettbewerbs zwischen den Lottogesellschaften bezweckt und bewirkt, die sich beim Vertrieb ihres Lottoangebots im Zuge einer umfassenden Marktaufteilung jeweils auf ihr eigenes Bundesland beschränken.

bb) Vereinheitlichung von Wettbewerbsparametern beim Lottoangebot?

Die Angleichung der den Lottogesellschaften noch verbliebenen Aktionsparameter beim Angebot von Lotto (insbesondere unterschiedliche Bearbeitungsentgelte, Zusatzdienste wie SMS-Informationen und Smartphone-Apps oder spezielle Spielangebote auch in zeitlicher Hinsicht) aufgrund der Einrichtung der gemeinsamen Internetplattform würde der Ausschaltung potentiellen Wettbewerbs bei der Online-Spielteilnahme und der damit einhergehenden Absicherung der Gebietsaufteilung zusätzliches Gewicht verleihen.¹¹⁶ Allerdings bestehen kaum Anreize zu einer Anpassung der verlangten Bearbeitungsentgelte oder sonstigen Konditionen an die Angebote anderer Lottogesellschaften in ihren jeweiligen Gebieten, da die Lottogesellschaften hier auf unterschiedlichen regionalen Märkten tätig sind und bei der Geschäftsanbahnung über das gemeinsame Portal strikt darauf geachtet wird, dass die regionale Kundenallokation gewahrt bleibt, indem jeder Lottospieler an die jeweils für seinen Wohnsitz „zuständige“ Lottogesellschaft weitergeleitet wird.

Naheliegend ist dagegen, dass die Einrichtung von www.lotto.de zu einer Einbuße im Hinblick auf die Qualität der eigenen Internetauftritte der Landeslottogesellschaften führen wird. Die eigenen Domains verlieren mit der Etablierung des zentralen Portals www.lotto.de erheblich an Bedeutung. Dadurch sinken die Anreize für (größere) Investitionen in eine nutzerfreundliche Gestaltung der eigenen Internet-Startseiten mit der Folge, dass ein möglicher Qualitätswettbewerb der Landeslottogesellschaften über unterschiedlich gestaltete Portale wahrscheinlich weitgehend zum Erliegen kommen wird. Auch wenn aktuell kein Wettbewerbsverhältnis der verschiedenen Angebote besteht, liegt darin zu-

116 Bei horizontalen Vertriebsgemeinschaften liegen die stärksten wettbewerbsrechtlichen Gefahren in der Vereinheitlichung von Preisen und sonstigen Konditionen der auf demselben Markt tätigen Kooperationspartner, vgl. nur *Kommission*, Horizontalleitlinien (oben Fn. 92), Tz. 230 und 234.

mindest ein ergänzender Aspekt zu der oben dargelegten Beschränkung potentiellen Wettbewerbs.

- cc) Vereinheitlichung von Wettbewerbsparametern bei der Nachfrage nach vertriebsunterstützenden externen Dienstleistungen (insbesondere Werbung, Spielvermittlung)

Die Einrichtung des gemeinsamen Internetportals könnte auch Auswirkungen auf das Nachfrageverhalten der Landeslottogesellschaften bei der Beschaffung von Dienstleistungen Dritter im Zusammenhang mit dem Lottovertrieb haben. So wird insbesondere externen Partnern im Internet wie bild.de, spiegel.de usw. die Domain www.lotto.de zur Integration in den eigenen Online-Auftritt zur Verfügung gestellt. Der Betreiber des jeweiligen Portals bindet das Lotto-Modul in seinen eigenen Internetauftritt ein, stellt die Oberfläche für den Lottoschein bereit und tritt gegenüber dem Endnutzer als Spielvermittler auf. Das (gemeinsam geschaffene) „Produkt“ www.lotto.de, das auch in anderen Medien (Radio, BILD-Zeitung, Zeitschriften, Plakate) erheblich beworben wird, dient somit als Vehikel zur Anbahnung von Spielverträgen mit der jeweiligen Landeslottogesellschaft, in deren Gebiet der Spieler ansässig ist.

Ohne die Vereinheitlichung des Internetauftritts und die sich daran anschließende Konzentration der Werbe- und Vermarktungsstrategien auf www.lotto.de als gemeinsames „Eingangstor“ für die Anbahnung bzw. Vermittlung von Spielverträgen mit Online-Spielern könnten und würden die Landeslottogesellschaften jeweils selbstständig Werbung für ihre eigenen Domains machen und bei anderen Portalbetreibern Kooperationspartner zur Integration ihres Lottomoduls suchen. Ein solcher Wettbewerb der Landeslottogesellschaften untereinander um entsprechende Vertragsschlüsse mit kooperationswilligen Dritten entfällt nunmehr, weil diese Aufgabe von der niedersächsischen Lottogesellschaft (TLN) als Betreiber des gemeinsamen Portals www.lotto.de zentral wahrgenommen wird. Die Werbung für die gemeinsame Internetdomain in anderen (Print- oder elektronischen) Medien lässt zudem unabhängige Werbeaktivitäten für die eigenen Internetauftritte der Landeslottogesellschaften als obsolet erscheinen.

Die wettbewerbllichen Wirkungen der gemeinsamen Plattform auf das Nachfrageverhalten nach externen Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Vermarktung des Lottospiels entsprechen insoweit denen einer Einkaufskooperation zwischen (potentiellen) Konkurrenten. Die niedersächsische Lottogesellschaft als Betreiberin von www.lotto.de tritt für den Abschluss von Werbeverträgen und von Verträgen über die In-

Integration eines Lottomoduls in fremde Portale an die Stelle der 16 Lottogesellschaften. Fraglich ist jedoch, ob der darin liegende Wegfall unabhängiger Nachfrager zu einer spürbaren Beschränkung des Nachfragerwettbewerbs führt.

Die Beurteilung erfordert zunächst eine Abgrenzung des relevanten Marktes. In der Sache geht es zum einen um die Schaltung von Werbeanzeigen für das Portal www.lotto.de, zum anderen – bei der Integration von Lottomodulen in die Internetseiten anderer Portalanbieter – um die Eröffnung weiterer Zugänge zu Online-Spielmöglichkeiten von Lotto.¹¹⁷ Die externen Portalbetreiber fungieren insoweit als Vermittler für die Lottogesellschaften, die hiermit ihren Internetvertrieb auf eine breitere Basis stellen. Für die Frage, auf welchem Markt sich TLN als Betreiber des gemeinsamen Portals für die Lottogesellschaften hinsichtlich der Nachfrage nach der Schaltung von Werbeanzeigen und der Unterbringung von Lottomodulen mit den Anbietern entsprechender Anzeigen- oder Werbeplätze sowie Modulzugängen begegnen, ist gemäß dem Bedarfsmarktkonzept¹¹⁸ jeweils (primär) auf die Austauschmöglichkeiten aus der Sicht der Marktgegensenseite abzustellen, hier also auf die der Anbieter entsprechender Portale oder Anzeigenplätze.

Trotz des insgesamt sehr beachtlichen Media-Werbeetats der 16 Lottogesellschaften in Höhe von ca. 50 Mio. Euro jährlich¹¹⁹ dürfte die Vereinheitlichung ihrer Werbemaßnahmen (im Internet wie auch über andere Werbeträger) durch die TLN als verantwortliche Betreiberin von www.lotto.de angesichts des riesigen, viele Milliarden Euro umfassenden Volumens der Werbemärkte insgesamt noch nicht zu einer spürbaren Beeinträchtigung des Wettbewerbs unter den Nachfragern nach Werbeplätzen führen. Das gilt jedenfalls, sofern man einen bundesweiten Wer-

117 Bei den Lotto-Modulen handelt es sich darum, dass auf bestimmten Partnerseiten (genannt werden unter anderem www.bild.de und www.t-online.de) die technische Möglichkeit geschaffen wird, direkt Spielscheine auszufüllen und diese dann bei der für das jeweilige Modul verantwortlichen Lottogesellschaft abzugeben.

118 Vgl. dazu statt aller *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker (oben Fn. 6), Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 159 ff. m.w.N. Die Kommission folgt in ihrer Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 C 372/1, Tz. 7, im Ausgangspunkt ebenfalls diesem Konzept, das auf die Austauschbarkeit oder Substituierbarkeit der Waren oder Dienstleistungen hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres Verwendungszwecks abstellt.

119 Information des DLV e.V.

bemerkt zugrundelegt.¹²⁰ Geht man mit dem Bundeskartellamt von getrennten Märkten für das jeweilige Werbemedium (Print, Radio, Plakate, Fernsehen, Online, etc.) aus,¹²¹ wäre hier in erster Linie der Online-Werbemarkt relevant, der jedoch immer noch ein solches Volumen haben dürfte, dass eine Zusammenfassung der Nachfrage der Landeslottogesellschaften nicht ins Gewicht fallen dürfte.

Eine andere Beurteilung könnte sich womöglich aus dem Gesichtspunkt ergeben, dass für die Lottovermittlung nur wenige effektive Werbeflächen auf Internetportalen in Betracht kommen, die von www.lotto.de mit ausschließender Wirkung gegenüber der privaten Konkurrenz strategisch besetzt werden. Dabei eröffnet die gebündelte Marktmacht der 16 Lottogesellschaften zusätzliche Möglichkeiten, die den einzelnen Lottogesellschaften nicht offenstünden. Die Nachfrage nach der Platzierung von Lottomodulen könnte einen eigenständigen, vom allgemeinen Werbemarkt zu sondernden sachlich relevanten Markt darstellen, weil es insoweit um die Integration von Direktzugängen auf fremden Portalen (teilweise bereits auf deren Startseite) geht und nicht um eine bloße, mit beliebigen Angeboten zu bestückende Werbefläche.

Andererseits bleibt fraglich, in welchem Umfang aus Sicht der Portalbetreiber auch andere Unternehmen als (potentielle) Nachfrager nach der Platzierung vergleichbarer Module oder Slots mit Direktzugängen zu fremden Internetseiten in Betracht kommen. Auch wenn die Ermittlung konkreter Marktanteile¹²² hier sehr schwierig sein dürfte, spricht

120 Angesichts der 16 nebeneinander bestehenden regionalen Märkte für das Angebot von Lotto könnten sich auch die entsprechenden Werbemärkte auf das jeweilige Bundesland beschränken, wenn man davon ausgeht, dass die Lottogesellschaften mit ihrer Werbung ohnehin nur Spieler aus ihrem Bundesland ansprechen wollen. Dagegen spricht jedoch die bundesweite Tätigkeit der meisten Werbeträger, die mit ihren Aktivitäten auch die Nachfrage nach einer regional begrenzten Werbewirkung befriedigen können. Das EuG hat mehrfach hervorgehoben, dass eine präzise Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes entbehrlich sei, wenn der mit der Vereinbarung verfolgte Zweck selbst in einer Beschränkung des Wettbewerbs durch eine Aufteilung des Marktes unter den beteiligten Unternehmen bestehe, *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker* (oben Fn. 6), Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 169 m.w.N.

121 Bundeskartellamt, Beschl. v. 17.03.2011, B6-94/10, Rn. 47 – *ProSiebenSat1/RTL*.

122 Die Kommission favorisiert eine Marktanteilsschwelle von 15%, bis zu der Einkaufskooperationen mangels gewisser Marktmacht grundsätzlich unbedenklich sein sollen, vgl. *Kommission*, Horizontalleitlinien (oben Fn. 92), Tz. 208. Dabei stellt sie grundsätzlich auf das Fehlen von Marktmacht sowohl auf Einkaufs- wie auf Verkaufsmärkten ab. Für die Erfassung des Aspekts der Schaffung von Nachfragemacht kommt es freilich nur auf ersteres an.

viel dafür, dass die Lottogesellschaften und die großen gewerblichen Lottovermittler die wesentlichen Nachfrager nach der Platzierung von Lottomodulen oder vergleichbaren Direktzugängen darstellen. Infolge der Bündelung ihres Internetangebots über www.lotto.de fallen die einzelnen Landeslottogesellschaften als individuelle Nachfrager aus, so dass die Drittportale insoweit statt 16 nur noch einen Nachfrager haben. Daher erscheint es nicht ausgeschlossen, dass auf einem solchen bundesweiten Nachfragemarkt nach Lotto-Modulen oder vergleichbaren Direktzugängen mit der Bündelung der Nachfrage durch www.lotto.de eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bewirkt wird.

dd) Wettbewerbswidrige Auswirkungen auf den bundesweiten Nachfragemarkt nach gewerblicher Lottovermittlung?

Daneben könnten von der Einrichtung der zentralen virtuellen Vertriebsplattform www.lotto.de auch wettbewerbschädliche Auswirkungen auf den Markt für die Nachfrage der Lottogesellschaften nach gewerblichen Lottovermittlungsleistungen ausgehen. Denn mit der Stärkung des Internetvertriebs durch die Lottogesellschaften selbst sowie durch die Integration von Lottomodulen auf den Plattformen externer Kooperationspartner sinkt das Interesse der Lottogesellschaften an Vermittlungsleistungen gewerblicher Lottovermittler. Der Ausbau eigener Vertriebsaktivitäten durch den Anbieter eines Produkts mit der Folge eines geringeren Bedarfs auf den Bezug von Fremddienstleistungen stellt zwar grundsätzlich keine Wettbewerbsbeschränkung dar, sondern führt im Gegenteil zu einer Intensivierung des Wettbewerbs im Bereich des Vertriebs. Problematisch ist hier jedoch, dass die Lottogesellschaften (neben ihrer Quasi-Monopolstellung für das Angebot von Lotto in ihrem jeweiligen Bundesland als dem insoweit räumlich relevanten Markt) den bundesweiten Markt für die Nachfrage nach gewerblicher Lottovermittlung gemeinsam beherrschen, mit der Errichtung des einheitlichen Internetportals koordiniert vorgehen und dabei zugleich durch die strikte Regionalisierung der akquirierten Umsätze mittelbar auch die Nachfrage nach Vermittlungsleistungen auf die Zuführung von Spielern aus ihrem jeweiligen Bundesland beschränken. Hinzu kommt, dass die gewerblichen Spielvermittler ein zeit- und ressourcenintensives Genehmigungsverfahren für die Online-Vermittlung nach § 4 Abs. 5 Glü- und StV durchlaufen müssen, während sich die Lottogesellschaften beim Internetvertrieb durch einen frühzeitigen Marktauftritt über www.lotto.de einen Wettbewerbsvorsprung gesichert haben, der die Marktzutrittsschranken für gewerbliche Spielvermittler weiter erhöht. Eine zusätzliche Verstärkung der Kanalisierungs- und Sogwirkung der

gemeinsamen Plattform ist zu erwarten, wenn die aktuellen Pläne verwirklicht werden, die im Fernsehen übertragenen wöchentlichen Ziehungen der Lottozahlen über www.lotto.de zugänglich zu machen.

In seiner Entscheidung aus dem Jahre 2006 hat das BKartA die Lottogesellschaften als gemeinsam marktbeherrschende Akteure auf dem Nachfragemarkt für gewerbliche Lottovermittlungsleistungen eingestuft.¹²³ Sie vereinigten seinerzeit über 90% des Nachfragevolumens nach Lottovermittlungsdienstleistungen auf sich.¹²⁴ Daran dürfte sich nach der Wiederzulassung des Internetvertriebs und der gewerblichen Lottovermittlung nichts Wesentliches geändert haben. Da der auf einem Markt bestehende Wettbewerb umso schutzwürdiger ist, je stärker er bereits in seiner Funktionsfähigkeit eingeschränkt ist,¹²⁵ sind auch die Voraussetzungen für die Annahme einer Wettbewerbsbeschränkung umso eher gegeben.

Allerdings bleibt zu prüfen, ob die durch den GlüÄndStV herbeigeführte neue Rechtslage Auswirkungen auf die Marktabgrenzung hat. Das BKartA grenzte seinerzeit einen eigenständigen „Markt für die gewerbliche Lotto-Vermittlung durch unabhängige Vermittler“ ab.¹²⁶ Auf diesem Markt stünden sich die Landeslottogesellschaften als Nachfrager von Vermittlungsleistungen und die Vermittler als Anbieter solcher Leistungen gegenüber. Dagegen hat das BKartA einen umfassenden, allgemeinen Vermittlungsmarkt, der sowohl die Tätigkeit der unabhängigen gewerblichen Vermittler als auch die wie Handelsvertreter tätigen stationären Lotto-Annahmestellen (Kioske, Tankstellen usw.) einbeziehen würde, abgelehnt.¹²⁷ Räumlich hat das BKartA – insoweit anders als für den Lotteriemarkt – einen bundesweit einheitlichen Markt zugrundegelegt.¹²⁸ Mit der Implementierung des länderspezifischen Erlaubnisvorbehalts für die Lottovermittlung und dem durch die Genehmigungspraxis umgesetzten Verbot der länderübergreifenden Quervermittlung

123 BKartA, Beschluss vom 23.8.2006, B10-92713-Kc148/05, Rn. 502-505 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*.

124 BKartA, Beschluss vom 23.8.2006, B10-92713-Kc148/05, Rn. 504 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*.

125 Vgl. die Nachweise oben Fn. 113.

126 BKartA, Beschluss vom 23.8.2006, B10-92713-Kc148/05, Rn. 365-383 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*.

127 BKartA, Beschluss vom 23.8.2006, B10-92713-Kc148/05, Rn. 366-374 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*.

128 BKartA, Beschluss vom 23.8.2006, B10-92713-Kc148/05, Tz. 383 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*.

könnte nunmehr auch der Vermittlungsmarkt in 16 separate Märkte für jedes Bundesland zerfallen sein. Bei einem (wirksamen) Verbot der Quervermittlung von Spielscheinen aus einem Land an die Lottogesellschaft eines anderen Landes gibt es zwar vielleicht noch eine bundesweite Nachfrage nach Vermittlungsleistungen durch die Lottogesellschaften. Bezugspunkt dieser Nachfrage wäre dann aber immer nur die Vermittlung der landesintern abgegebenen Spielscheine, so dass man insoweit von einer Parzellierung des Marktes in 16 kleine Vermittlungsmärkte sprechen könnte.

Letztlich kann dies jedoch dahingestellt bleiben. Wie in Abschnitt B. bereits dargelegt, ist ein Verbot der länderübergreifenden Quervermittlung wegen Verstoßes gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 101, 102 AEUV nicht anzuwenden. Für die Abgrenzung des ökonomisch relevanten Marktes bedeutet dies, dass nach wie vor von einem bundesweiten Markt für die Nachfrage nach Lottovermittlungsleistungen auszugehen ist.

Dieser Markt ist zwar durch die Vereinbarung zur Errichtung der gemeinsamen Internetplattform www.lotto.de unter gleichzeitiger regionaler Aufteilung der über diesen Vertriebsweg akquirierten Kunden nicht unmittelbar betroffen. Gleichwohl vermindert die Erweiterung und Absicherung der Gebietsaufteilung mittelbar auch die Anreize der Landeslottogesellschaften, sich im (Provisions-)Wettbewerb untereinander um Abschlüsse mit gewerblichen Lottovermittlern zu bemühen. Die faktische Beschränkung ihrer Nachfrage nach Vermittlungsleistungen auf die in ihrem eigenen Bundesland ansässigen Lottospieler in dem Wissen, dass sich die übrigen Lottogesellschaften in ihrem Nachfrageverhalten ebenfalls auf ihr Heimatbundesland beschränken werden, wird durch die Etablierung des gemeinsamen Portals zusätzlich erleichtert, weil sie mit der automatischen regionalen Kundenallokation den Raum für unabhängige, die Landesgrenzen übergreifende Wettbewerbsstrategien über das Internet weiter einengt. Hierdurch wird die Ungewissheit über das Nachfrageverhalten der anderen Lottogesellschaften und die mit dem Wettbewerb normalerweise verbundenen Risiken erheblich reduziert.¹²⁹ Dies spricht dafür, dass das gemeinsame Portal insoweit auch

129 Die Landeslottogesellschaften können sich wegen des Verstoßes der behördlichen Auflagenpraxis zur Unterbindung der bundeslandübergreifenden Quervermittlung gegen Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 101, 102 AEUV nicht darauf berufen, dass die gewerblichen Vermittler nur über entsprechend eingeschränkte Vermittlungserlaubnisse verfügten und sie deshalb ohnehin keine Spielscheine aus anderen Bundesländern annehmen dürften.

als Vehikel für eine Verhaltensabstimmung auf dem bundesweiten Nachfragemarkt für unabhängige Vermittlungsleistungen dient, wonach sich jede Lottogesellschaft darauf beschränkt, nur Vermittlungsleistungen in bezug auf Lottospieler aus ihrem Bundesland nachzufragen. Durch dieses koordinierte Vorgehen erweitern die Landeslottogesellschaften ihre Verhaltensspielräume und damit ihre Nachfragemacht gegenüber den gewerblichen Spielvermittlern, da diese für eine flächendeckende Vermittlungstätigkeit im gesamten Bundesgebiet darauf angewiesen sind, mit jeder einzelnen Landeslottogesellschaft zum Vertragsabschluss zu kommen. Somit bewirkt die Einrichtung des gemeinsamen Internetportals mittelbar auch eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 101 Abs.1 AEUV und § 1 GWB auf dem Nachfragemarkt für Lottovermittlungsleistungen.

ee) Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Die umfassende, kleinteilige Parzellierung des bundesweiten Nachfragemarkts nach gewerblicher Lottovermittlung in 16 Einzelgebiete führt gerade auch gegenüber möglichen ausländischen Lottovermittlern zu einer wesentlichen Erschwerung des Marktzutritts. Diese Abschottung des gesamten deutschen Marktes für gewerbliche Lottovermittlung ist geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Daher liegt nicht nur ein Verstoß gegen § 1 GWB, sondern zugleich auch gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV vor.

II. Freistellung vom Kartellverbot gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV/ § 2 GWB?

Für eine horizontale Vertriebskooperation, wie sie hier in Form des gemeinsamen Internetauftritts vorliegt, existiert keine Gruppenfreistellungsverordnung. Zu prüfen bleibt, ob die Legalausnahme nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB eingreift.

1. Effizienzgewinne

Die Errichtung des gemeinsamen Portals www.lotto.de könnte zu einer Verbesserung der „Warenverteilung“ i.S.d. Art. 101 Abs. 3 AEUV beitragen. Darunter fallen auch Effizienzgewinne bei der Distribution von Dienstleistungen.¹³⁰ In Betracht kommt bei einer horizontalen Vertriebskooperation wie hier zunächst eine Vermeidung mehrfacher Ver-

130 Ellger in Immenga/Mestmäcker (oben Fn. 6), Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 133 m.w.N.

triebskosten: Infolge der Bündelung der internetbasierten Vertriebsanstrengungen auf der Internetseite www.lotto.de könnte zumindest ein Teil der sonst bei jeder einzelnen Lottogesellschaft anfallenden Vertriebskosten eingespart werden. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Lottogesellschaften nur die ersten Schritte des internetbasierten Lottospiels über das gemeinsame Portal abwickeln (dort sind u.a. die Spielscheine auszufüllen), während die weiteren Schritte dann auf den individuellen Seiten der jeweiligen Landeslottogesellschaften stattfinden (u.a. Registrierung, Login, Bezahlung und Abwicklung).¹³¹ Somit erfolgt lediglich eine partielle Vertriebsbündelung unter Aufrechterhaltung des eigenen Internetportals der jeweiligen Lottogesellschaft. Das gemeinsame Portal www.lotto.de ersetzt die verschiedenen Landesportale nicht, sondern tritt als ein weiteres Portal zu diesen hinzu.

Bei einer derartigen „dualen Struktur“ ist fragwürdig, inwieweit sich durch die konkret gebündelten Vorgänge tatsächlich gewisse Vertriebskosten einsparen lassen. Da die einzelnen Internetportale der Lottogesellschaft wie bisher aufrechterhalten bleiben und insbesondere die Tippabgabe auf jeder dieser regionalen Internetportale nach wie vor möglich ist, und zwar auch ohne den Weg über www.lotto.de, dürften im Ergebnis keine nennenswerten Kosteneinsparungen im Internetvertrieb zu verzeichnen sein, sondern durch die Errichtung des zusätzlichen gemeinsamen Portals eher weitere Kosten entstehen.¹³²

Als relevante Effizienzgewinne sind allerdings außer Kosteneinsparungen auch andere objektive ökonomische Vorteile,¹³³ insbesondere qualitative Verbesserungen anzuerkennen.¹³⁴ Insoweit lässt sich die Errichtung des gemeinsamen, bundeseinheitlichen Portals als zentraler Zugang zum Online-Angebot der Lottogesellschaften als eine qualitative Verbesserung des Lottoangebots bzw. -vertriebs qualifizieren: Interes-

131 Siehe im Einzelnen zu diesen Prozessabläufen die Folien Nr. 14-16 der Powerpoint-Präsentation „Sitzung der länderoffenen AG Internet am 28./29.3.2012 in Würzburg“ von Toto-Lotto Niedersachsen.

132 Dafür spricht auch, dass die Nutzung des zentralisierten Lottovertriebs offenbar nicht mit Preissenkungen oder sonstigen geldwerten Vorteilen im Vergleich zum landesspezifischen Vertrieb einhergeht. Würden erhebliche Kosteneinsparungen erzielt, wären daran jedenfalls die Verbraucher nicht in angemessenem Umfang beteiligt.

133 Vgl. statt aller *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 81 EG Rn. 143 f. jeweils m.w.N.

134 S. nur *Ellger* in Immenga/Mestmäcker (oben Fn. 6), Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 141, 170.

sierte Lottospieler müssen nicht mehr die Internetseite ihrer jeweiligen Landeslottogesellschaft aufsuchen. Über die postleitzahlenbasierte Zuordnung wird jeder Spieler ohne großen Aufwand zu „seiner“ Lottogesellschaft weitergeleitet. Für die Lottogesellschaften bedeutet dies einen verbesserten Zugang zum Absatzmarkt im Bereich des Internetvertriebs.

2. Angemessene Beteiligung der Verbraucher

Sieht man in dieser Erleichterung des Zugangs zum Online-Spielangebot eine spürbare¹³⁵ qualitative Verbesserung, wären daran auch die Verbraucher in angemessenem Umfang beteiligt, da sie ihnen unmittelbar zugutekommt.

3. Unerlässlichkeit der Beschränkung

Die Wettbewerbsbeschränkung muss aber darüber hinaus unerlässlich sein, um die rechtfertigenden Effizienzgewinne zu erreichen, d.h. die Vorteile dürfen ohne die Wettbewerbsbeschränkung nicht erreichbar sein.¹³⁶ Daran fehlt es hier: Der erleichterte Zugang der potentiellen Lottospieler über das einheitliche Portal verlangt nicht die automatische und strikte Erstreckung der Gebietsaufteilung zwischen den Landeslottogesellschaften auf diesen Vertriebsweg. Vielmehr könnte den Kunden über www.lotto.de auch ein bequemer und übersichtlicher optionaler Zugang zu verschiedenen Landeslottogesellschaften und zu ihren teilweise unterschiedlichen Angeboten eröffnet werden. Das gilt jedenfalls, sobald Lottogesellschaften über eine Erlaubnis zum Angebot von Lotto auch in anderen Bundesländern verfügen. Solange das noch nicht der Fall ist, lässt sich allerdings argumentieren, dass die regionale Allokation der Kunden zur Gewährleistung eines rechtskonformen Lottoangebots im Internet erforderlich ist.

4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs

In jedem Fall aber fehlt es ersichtlich an der weiteren Voraussetzung für eine Einzelfreistellung, dass durch die Vereinbarung keine Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden

135 Zum Erfordernis der Spürbarkeit im Sinne wirtschaftlicher Relevanz der durch die Zusammenarbeit erzielten Vorteile s. *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 81 EG Rn. 143; *Ellger* in *Immenga/Mestmäcker* (oben Fn. 6), Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 138.

136 *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 81 EG Rn. 152; *Ellger* in *Immenga/Mestmäcker* (oben Fn. 6), Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 256 m.w.N.

Produkte den Wettbewerb auszuschalten. Im Regelfall ist davon auszugehen, dass eine Freistellung scheitert, wenn die Partner einer horizontalen Kooperation über eine marktbeherrschende Stellung verfügen.¹³⁷ Dieses Kriterium ist im vorliegenden Kontext von besonderer Relevanz: Soweit es um Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Markt für die Veranstaltung und das Angebot von Lotto geht, verfügen die einzelnen Lottogesellschaften in ihrem jeweiligen Bundesland nahezu über eine Monopolstellung. Soweit der bundesweite Nachfragemarkt für gewerbliche Lottovermittlung betroffen ist, haben die Lottogesellschaften eine kollektive marktbeherrschende Stellung inne (vgl. bereits oben S. 201). Die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 (bzw. § 2 Abs. 1 GWB) sind somit nicht erfüllt.

III. Ausnahme nach Art. 106 Abs. 2 AEUV?

Die Anwendung des Art. 101 AEUV scheidet auch nicht nach Art. 106 Abs. 2 AEUV aus. Wie bereits ausgeführt, greift diese Ausnahme nur ein, soweit die uneingeschränkte Anwendung der Wettbewerbsregeln die Aufgabenerfüllung unter wirtschaftlich zumutbaren Bedingungen gefährden würde (vgl. oben S. 170). Die Erstreckung der Gebietsaufteilung für das Angebot von Lotto auf den Internetvertrieb sowie die entsprechende Regionalisierung der Nachfrage nach Vermittlungsleistungen ist weder für die Sicherstellung des Auftrags zur Bekämpfung der Spielsucht erforderlich noch zur Vermeidung einer Gefährdung der finanziellen Basis oder wirtschaftlichen Lebensfähigkeit der Lottogesellschaften. Die Ausnahme nach Art. 106 Abs. 2 AEUV greift daher nicht ein.

D. Kartellrechtliche Anforderungen und Grenzen für Provisionsvereinbarungen

I. Kartellrechtliche Anknüpfungspunkte im Überblick

Die Lottogesellschaften der einzelnen Länder treten im Wesentlichen über drei Wege mit den Lottospielern in (vertraglichen) Kontakt: Erstens über die stationären Lottoannahmestellen in Kiosken, Tankstellen und ähnlichen Ladengeschäften. Diese Stellen schließen ähnlich einem

¹³⁷ Speziell für Vermarktungsvereinbarungen *Ellger* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht (oben Fn. 6), Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rdnr. 507 m.w.N.

Handelsvertreter für die Lottogesellschaft des jeweiligen Landes Lotterieverträge mit den Endkunden ab, wofür die Betreiber der Annahmestellen eine Provision erhalten. Zweitens erfolgen Vertragsabschlüsse im eigenen Online-Vertrieb (insbesondere über das zentrale Lottoportal www.lotto.de sowie auch weiterhin über die eigenen Internetauftritte der 16 Lottogesellschaften). Drittens werden Verträge über unabhängige gewerbliche Lottovermittler angebahnt. Diese nehmen bei Vorliegen einer entsprechenden Erlaubnis über verschiedene Wege Lottotipps und Spieleinsätze der Endkunden entgegen und leiten sie an die jeweilige Lottogesellschaft weiter. Hierfür erhalten die Vermittler wie die Betreiber stationärer Lottoannahmestellen üblicherweise ebenfalls eine Provision.

Allerdings beklagen private Lottovermittler, dass sie gegenüber dem Eigenvertrieb und dem Vertrieb über Lottoannahmestellen benachteiligt würden. Bis zum Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrages im Jahr 2008 marktübliche Provisionen seien für sie um bis zu 40% gekürzt oder zum Teil gänzlich verweigert worden, darüber hinaus würden unverhältnismäßige Sicherheiten und Vorauszahlungen verlangt sowie technische Risiken auf die Spielvermittler abgewälzt.¹³⁸ Auf der anderen Seite erhielten die Annahmestellen erhebliche zusätzliche Leistungen in Form von Werbung, technischer Unterstützung und sonstigen Dienstleistungen. Zudem finanzierten die Lottogesellschaften ihren Eigenvertrieb im Internet nicht zu den gleichen Konditionen, die sie gewerblichen Spielvermittlern gewährten. Unterhalb der früher z.B. der Tipp24 SE gewährten durchschnittlichen Netto-Provision von 9% auf die vermittelten Spieleinsätze und Bearbeitungsgebühren sei ein profitables Online-Vertriebsgeschäft (sei es im Wege der Vermittlung, sei es im Eigenvertrieb) nicht möglich.¹³⁹

Zu untersuchen ist, ob die jeweilige Landeslottogesellschaft, die Vermittlungsleistungen nachfragt, bei ihren Vereinbarungen mit gewerblichen Vermittlern, denen für das betreffende Bundesland eine Erlaubnis erteilt worden ist, aus kartellrechtlichen Gründen bestimmte Vorgaben zu beachten hat. Ausgangspunkt ist dabei, dass die jeweilige Landeslottogesellschaft in ihrem Bundesland ein faktisches Monopol für das Angebot von Lottoverträgen hat und dementsprechend *insoweit* auch als einziger Nach-

138 Vgl. Schreiben des DLV e.V. vom 21.11.2012 an das Nds. Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr, S. 2.

139 Vgl. Schreiben der Lotto24 AG vom 6.12.2012 an die Toto-Lotto Niedersachsen GmbH, S. 2.

frager nach Vermittlungsleistungen in Betracht kommt. Im Mittelpunkt des Interesses steht aus Sicht der betroffenen gewerblichen Vermittler die Provisionshöhe, da sie ihre Geschäftstätigkeit auf Dauer nur aufrechterhalten können, wenn sie von den Lottogesellschaften auskömmliche Provisionszahlungen erhalten. Zudem geht es ihnen darum, von den Lottogesellschaften im Vergleich zu deren Eigenvertrieb und den stationären Annahmestellen nicht schlechter behandelt zu werden.

Insoweit stellt sich in erster Linie die Frage nach der Anwendung des kartellrechtlichen Behinderungs- und Diskriminierungsverbots. Im Hinblick auf den weitergehenden Anwendungsbereich der deutschen Regelung in § 20 Abs. 1, Abs. 2 GWB, deren strengere Vorschriften¹⁴⁰ selbst bei Vorliegen eines zwischenstaatlichen Bezugs der zu prüfenden Verhaltensweise nicht dem Vorrang des europäischen Missbrauchsverbots (Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV), weichen müssen (vgl. Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003), beschränken sich die folgenden Ausführungen auf eine Prüfung nach deutschem Kartellrecht. Dieses kennt zwar kein allgemeines Behinderungs- und Diskriminierungsverbot.¹⁴¹ Verhaltensweisen, die sich objektiv nachteilig auf die wettbewerblichen Chancen oder den wirtschaftlichen Erfolg anderer Marktteilnehmer auswirken, sind grundsätzlich ebensowenig zu beanstanden wie eine unterschiedliche Behandlung von Marktteilnehmern. Ein solches Verhalten stellt jedoch dann keine wettbewerbskonforme Ausübung wirtschaftlicher Handlungsfreiheiten mehr dar, wenn es im Zusammenhang mit der missbräuchlichen Ausnutzung von Marktmacht steht. Die Verbote der unbilligen Behinderung und der sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung, die sich insbesondere an marktbeherrschende Unternehmen richten (§ 20 Abs. 1 GWB 2005 – jetzt: § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB 2013) sowie an „marktstarke“ Unternehmen, von denen kleine und mittlere Unternehmen abhängig sind (§ 20 Abs. 2 GWB 2005 – jetzt: § 20 Abs. 1 GWB 2013), überschneiden sich dabei teilweise in ihrem Anwendungsbereich und lassen sich nicht stets trennscharf voneinander abgrenzen.¹⁴² Wegen der übereinstimmenden Rechtsfolgen ist dies allerdings auch nicht erforderlich.

140 Insbesondere genügt hier eine vertikale Abhängigkeitslage, während bei Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV eine einzeln oder gemeinsame marktbeherrschende Stellung sowie die Eignung der fraglichen Maßnahme zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels erforderlich ist.

141 Allg. M., s. nur *Bechtold*, GWB, 6. Aufl. 2010, § 20 Rn. 4; *Deister* in Schulte/Just, Kartellrecht, 2012, § 20 GWB Rn. 1.

142 BGH WuW/E BGH 1027, 1031 – *Sportartikelmesse II*; *Deister* in Schulte/Just, Kartellrecht, 2012, § 20 GWB Rn. 5.

Da im vorliegenden Fall die unterschiedliche Behandlung der gewerblichen Lottovermittler gegenüber den stationären Annahmestellen sowie den eigenen Vertriebsaktivitäten der Lottogesellschaften im Internet im Vordergrund steht, beschränken sich die folgenden Erörterungen auf das Diskriminierungsverbot, auch wenn in den gleichen Handlungen (teilweise) zugleich eine unbillige Behinderung sowie der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 Abs. 1, 4 Nr. 1, § 20 Abs. 1 Alt. 1 GWB 2005 (jetzt: § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB 2013) liegen können.¹⁴³ Für die Konzentration auf das Diskriminierungsverbot spricht auch, dass beim Verbot unterschiedlicher Behandlung der Schutz von Unternehmen auf der vor- bzw. nachgelagerten Marktstufe im Vordergrund steht, denen im Verhältnis zum Normadressaten die gleichen Marktchancen gesichert werden sollen.¹⁴⁴ Dieser vertikale Aspekt prägt auch den hier zu beurteilenden Sachverhalt, soweit es um die Gewährung zu niedriger Provisionen (vor allem im Vergleich zu stationären Annahmestellen) geht. Zudem obliegt beim Diskriminierungsverbot der Nachweis, dass die ungleiche Behandlung gleichartiger Unternehmen sachlich gerechtfertigt ist, dem Normadressaten, während die etwaige Unbilligkeit einer Behinderung vom Anspruchsteller darzulegen und ggf. zu beweisen ist.¹⁴⁵

In Betracht kommt auch eine passive Diskriminierung nach § 20 Abs. 3 GWB 2005 (jetzt: §§ 19 Abs. 2 Nr. 5, 20 Abs. 2 GWB 2013). Diese Norm verbietet es marktbeherrschenden und marktstarken Nachfragern, ihre Marktstellung dazu auszunutzen, andere Unternehmen (Anbieter, Lieferanten) im Geschäftsverkehr aufzufordern oder zu veranlassen, ihnen ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren. Neben dem Schutz des Wettbewerbs als Institution soll diese Vorschrift allerdings in erster Linie die Konkurrenten der Normadressaten vor Wettbewerbsverfälschungen zu ihren Lasten schützen. Der Anwendungsbereich umfasst demnach vor allem eine (passive) Ungleichbehandlung von Nachfragern auf horizontaler Ebene infolge der Erlangung besonders günstiger Konditionen durch marktmächtige Unternehmen. Umstritten ist dagegen,

143 Vgl. zum Hintergrund für den praktischen Anwendungsvorrang des § 20 GWB *Bechtold*, GWB, 6. Aufl. 2010, § 20 Rn. 2.

144 BGH WuW/E BGH 1027, 1031 – *Sportartikelmesse II*; *Deister* in *Schulte/Just*, Kartellrecht, 2012, § 20 GWB Rn. 6; *Bechtold*, GWB, 6. Aufl. 2010, § 20 Rn. 40; *Rixen* in *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht* (im Folgenden FK), § 20 GWB Rn. 143. § 20 Abs. 1 und 2 GWB hat jedoch nicht die Funktion eines einseitigen Bestands- oder Sozialschutzes, vgl. BGH WuW/E DE-R 220, 221 – *U-Bahn-Buchhandlungen*; *Bechtold*, GWB, 6. Aufl. 2010, § 20 Rn. 4 aE.

145 S. nur *Bechtold*, GWB, 6. Aufl. 2010, § 20 Rn. 65 m.w.N.

ob auch im Vertikalverhältnis die Vertragspartner des Normadressaten (Anbieter, Lieferanten) direkt (und nicht nur reflexartig) in den Schutzbereich der Norm einbezogen und vor einer Ausbeutung geschützt werden sollen.¹⁴⁶ Darauf ist hier jedoch nicht näher einzugehen, da die Norm weder einen weiterreichenden Schutz gewährt noch Erleichterungen beim Nachweis eines Verstoßes bietet.¹⁴⁷ Vor diesem Hintergrund konzentriert sich die folgende Prüfung auf das Verbot einer vertikalen (aktiven) Diskriminierung nach § 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB 2005 (jetzt: § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB 2013).

Eine allzu geringe Provision könnte allerdings auch in den Bereich des allgemeinen kartellrechtswidrigen Ausbeutungsmissbrauchs geraten und (unabhängig vom Aspekt der Ungleichbehandlung gegenüber den stationären Lottoannahmestellen) gegen § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB 2005/§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB 2013 (bzw. Art. 102 S. 2 lit. a) AEUV) verstoßen. Dafür wäre – insbesondere im Wege einer Vergleichsmarktbetrachtung¹⁴⁸ – zu ermitteln, ob die Lottogesellschaften von den gewerblichen Spielvermittlern Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordern, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden (vgl. § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB 2005/§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB 2013). Im vorliegenden Fall liegt es nahe, einen zeitlichen Vergleich anzustellen und die Markt-

146 Vgl. *K. Westermann* in MünchKomm zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Bd. 2, GWB, 2008, § 20 Rn. 119 m.w.N.

147 Ebenso wie bei § 20 Abs. 1 und Abs. 2 GWB 2005 ist im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung eine umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB erforderlich, s. nur *Markert* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 GWB, 4. Aufl. 2007, § 20 Rn. 263 m.w.N. Zusätzlich ist ein kausaler Zusammenhang zwischen Marktmacht und Vorteilsgewährung („Ausnutzen der Marktstellung“) nachzuweisen, s. hierzu statt aller *K. Westermann* in MünchKomm zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Bd. 2, GWB, 2008, § 20 Rn. 131 m.w.N.

148 Vgl. zu den Ansätzen des sachlichen, räumlichen und zeitlichen Vergleichsmarktkonzeptes nur *Bechtold*, Kartellgesetz, 6. Aufl. 2010, § 19 GWB Rn. 88 ff.; *dens.*, 7. Aufl. 2013, § 19 Rn. 57 ff.; *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 19 Rn. 162 ff. jeweils m.w.N. Weitere Methoden zur Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises knüpfen an eine Kosten- und Gewinnanalyse an, sind aber bislang selten herangezogen und von Gerichten, soweit ersichtlich, nur für den Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung anerkannt worden, vgl. hierzu etwa OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 914 – *Netznutzungsentgelt*; WuW/E DE-R 1067 – *Stromnetz Darmstadt*; WuW/E DE-R 1239 – *TEAG*.

daten vor Inkrafttreten des GlüStV (mit seinem landesbezogenen Erlaubnisvorbehalt für die gewerbliche Spielvermittlung) heranzuziehen. Denn zu diesem Zeitpunkt gab es einen (weitgehend) funktionierenden Wettbewerb auf dem Nachfragemarkt nach gewerblicher Lottovermittlung, der insbesondere über die Provisionshöhe für die zugeführten Spieltipps ausgetragen wurde. Die Nettoprovision auf vermittelte Spieleinsätze und Bearbeitungsgebühren lag nach Angabe des DLV damals bei ungefähr 9%, während nunmehr erheblich geringere Provisionen geboten und im Einzelfall Zahlungen sogar gänzlich verweigert werden. Auch wenn somit gewichtige Indizien dafür sprechen, dass die Lottogesellschaften von den gewerblichen Spielvermittlern derzeit Geschäftsbedingungen fordern, die sich bei einem funktionierenden Wettbewerb auf einem vergleichbaren Markt nicht ergeben würden, soll dieser Ansatz hier nicht weiterverfolgt werden. Denn angesichts der strengen Anforderungen, welche die Gerichte an den definitiven Nachweis eines Ausbeutungsmissbrauchs stellen,¹⁴⁹ wären dafür detaillierte Ausführungen und Feststellungen erforderlich, die den Rahmen des vorliegenden Gutachtens sprengen würden.

Eine weitere kartellrechtliche Leitlinie für die Beurteilung der angebotenen Vermittlungsprovisionen lässt sich aus der Fallgruppe der missbräuchlichen Geschäftsverweigerung im Rahmen der §§ 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB 2005/§§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB 2013 (bzw. des Art. 102 AEUV) gewinnen. Das BKartA hat bereits in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2006 die beim Deutschen Lotto- und Totoblock intern geäußerte Aufforderung, dass die Landeslottogesellschaften nicht länger mit gewerblichen Vermittlern kontrahieren sollten, als eine nach Art. 102 AEUV missbräuchliche Geschäftsverweigerung qualifiziert.¹⁵⁰ Das OLG Düsseldorf hat diese Feststellung in der

149 Insbesondere muss die Abweichung vom hypothetischen Wettbewerbspreis nach der Rechtsprechung auch „erheblich“ sein, s. nur BGH WuW/E BGH 1445, 1454 – *Valium*; OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1239, 1244 – *TEAG*; KG WuW/E OLG 4640, 4644 – *Hamburger Benzinpreise*; in welchem Ausmaß die Gerichte insoweit „Sicherheitszuschläge“ für die Feststellung eines missbräuchlichen Preisniveaus zugrundelegen, ist schwer voraussehbar und im Einzelnen umstritten; vgl. z.B. OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 7.7.2009, WuW/E DE-R 3163, 3169 – *Arzneimittelpreise* (15%-30%); KG WuW/E OLG 2053, 2065 – *Valium* (25%).

150 BKartA, Beschluss vom 23.8.2006, B10-92713-Kc148/05, Rn. 508-509 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*.

Beschwerdeinstanz bestätigt.¹⁵¹ In der vorliegenden Fallkonstellation könnte in einer gravierenden, nicht durch Sachgründe gerechtfertigten Ungleichbehandlung der gewerblichen Vermittler gegenüber den stationären Annahmestellen zugleich eine faktische oder „konstruktive“ Geschäftsverweigerung liegen, insbesondere wenn den gewerblichen Lottovermittlern keine oder nur so geringe Provisionszahlungen geboten werden, dass sie damit nicht einmal ihre Vertriebskosten decken könnten oder in sonstiger Weise unzumutbar belastet würden. Denn sofern die Lottogesellschaften einem kartellrechtlichen Kontrahierungszwang unterliegen, also zur Annahme der von gewerblichen Vermittlern eingesammelten Lottotipps verpflichtet sind, müssen sie die entsprechenden (Rahmen-)Verträge mit den Vermittlern auch zu angemessenen Konditionen abschließen; dazu gehört insbesondere die Zahlung einer angemessenen oder üblichen Provision. Ob die Höhe der den gewerblichen Vermittlern derzeit angebotenen oder gezahlten Provisionen dieser Voraussetzung genügen, steht wiederum in engem Zusammenhang mit der Frage, ob eine unterschiedliche Behandlung der unabhängigen gewerblichen Vermittler im Vergleich zu den in die Vertriebsorganisation der Lottogesellschaften eingebundenen stationären Annahmestellen sachlich gerechtfertigt ist und wird hier im Rahmen der kartellrechtlich gebotenen umfassenden Interessenabwägung mit berücksichtigt (vgl. unten S. 230).

Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich daher auf die aus dem Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB abzuleitenden Anforderungen an die Höhe der Provision, insbesondere unter Berücksichtigung der Ungleichbehandlung gegenüber stationären Annahmestellen.

II. Anforderungen aus dem Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB 2005 (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB 2013)

1. Die Landeslottogesellschaften als Normadressaten

a) Marktbeherrschende Stellung der Lottogesellschaften

Die Lottogesellschaften sind als marktbeherrschend i.S.d. §§ 20 Abs. 1 i.V.m. 19 Abs. 2 GWB 2005 (jetzt: §§ 18 Abs. 1, Abs. 5, 19 GWB 2013) zu qualifizieren. Dies gilt zum einen auf dem Markt für das Angebot von Lotto in ihrem jeweiligen Bundesland, auf dem sie ein faktisches Mono-

¹⁵¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.6.2007, VI-Kart 15/06 [V], WuW/E DE-R 2003, 2009 Rn. 105 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*.

pol innehaben (siehe oben). Zum anderen besteht im Ergebnis jedenfalls eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung der Lottogesellschaften auf dem bundesweiten (Nachfrage-)Markt für gewerbliche Spielvermittlung.¹⁵² Für die hier relevante Frage nach einer möglichen kartellrechtswidrigen Diskriminierung bei der Zahlung von Vermittlungsprovisionen kommt es allein auf die Tätigkeit auf dem Nachfragemarkt für Lottovermittlungsdienstleistungen an. Hierfür hat das BKartA 2006 keinen auf das Landesgebiet beschränkten, sondern einen *bundesweiten Nachfragemarkt* abgegrenzt.¹⁵³ Setzt man das auf ein Bundesland entfallende Nachfragevolumen hinsichtlich Vermittlungsleistungen in Bezug zu dem gesamten Nachfragevolumen im Bundesgebiet, dürfte keine einzelne Lottogesellschaft für sich genommen über eine marktbeherrschende Stellung verfügen.

Etwas anderes könnte sich aber ergeben, wenn man auf Basis des jetzt zu beurteilenden Sachverhalts, also insbesondere vor dem Hintergrund des strikten Regionalisierungsprinzips, eine engere räumliche Marktabgrenzung vorzunehmen hätte. Hier könnte man mit der Argumentation ansetzen, dass die Lottogesellschaften untereinander zwar bundesweit um Vertriebsverträge mit gewerblichen Vermittlern konkurrieren, dies jedoch wegen des – allerdings auf einer kartellrechtswidrigen Absprache beruhenden – Verbots der landesgrenzenübergreifenden Quervermittlung von Spielscheinen immer nur in Bezug auf die Spielscheine aus einem bestimmten Bundesland. Da hiermit ein Provisionswettbewerb zwischen den Lottogesellschaften aus verschiedenen Bundesländern ausgeschlossen wird, ließe sich daraus auch ableiten, dass für jedes Bundesland individuelle Wettbewerbsbedingungen herrschen und somit auch nur ein separater, räumlich begrenzter Nachfragemarkt. Letztlich kann dies jedoch dahingestellt bleiben, da sich die Normadressateneigenschaft der Lottogesellschaften jedenfalls aus dem Vorliegen einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung ergibt. Hinzu kommt, dass auch keine Zweifel daran bestehen, dass die gewerblichen Lottovermittler von den einzelnen Lottogesellschaften im Vertikalverhältnis abhängig sind (dazu näher sogleich unter b).

In seiner Entscheidung aus dem Jahr 2006 hat das BKartA ausdrücklich eine gemeinsame marktbeherrschende Position aller Lottogesellschaften der Länder in ihrer Gesamtheit auf dem bundesweiten Nach-

152 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.6.2007, VI-Kart 15/06 [V], WuW/E DE-R 2003, 2009 Rn.105 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*.

153 BKartA, Beschluss vom 23.8.2006, B10-92713-Kc148/05, Rn. 502-506 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*.

fragemarkt für Lottovermittlungsdienstleistungen angenommen.¹⁵⁴ Das OLG Düsseldorf hat diesen Ansatz bestätigt.¹⁵⁵ Maßgebliche Gründe dafür waren seinerzeit zum einen, dass die Lottogesellschaften insgesamt mehr als 90% des Nachfragevolumens für gewerbliche Vermittlungsleistungen auf sich vereinigten und für andere (potenzielle) Nachfrager erhebliche gesetzliche (ordnungsrechtliche) Marktzutrittsschranken existierten.¹⁵⁶ Daran hat sich in der Zwischenzeit nichts geändert.

Zum anderen sprach schon damals für die Annahme einer kollektiven beherrschenden Stellung der (weitgehend) fehlende Binnenwettbewerb der Landeslottogesellschaften untereinander. Mit der strikten, nunmehr teilweise ordnungsrechtlich kaschierten Umsetzung des Regionalisierungsprinzips im Wege entsprechender Auflagen bei den Vermittlungserlaubnissen wird der Binnenwettbewerb sogar noch weiter eingeschränkt. Zudem erstreckt sich die regionale Aufteilung der Spielscheine über die gemeinsame Domain www.lotto.de gerade auch auf den Internetvertrieb. Damit ist eine fast vollständige Markttransparenz mit der Möglichkeit zur Aufdeckung und Sanktionierung eines abweichenden Verhaltens der anderen Lottogesellschaften gegeben. Dass hiervon in der Praxis auch tatsächlich Gebrauch gemacht würde, hat insbesondere das Beispiel der zuständigen Lottogesellschaft für das Land Schleswig-Holstein gezeigt, der ein Ausschluss aus dem DTLB drohte, als wegen des damals fehlenden landesgesetzlichen Erlaubnisvorbehalts für die gewerbliche Spielvermittlung zumindest auf normativer und verwaltungsrechtlicher Ebene eine Durchbrechung des strikten Regionalitätsprinzips zu befürchten war.¹⁵⁷ Trotz der relativ hohen Zahl von insgesamt 16 Akteuren als (potentiellen) Nachfragern nach Vermittlungsdienstleistungen ist somit ein weitgehend gleichförmiges Verhalten der Landeslottogesellschaften bei der Nachfrage nach Lottovermittlungsdienstleistungen sichergestellt. Damit liegt ein marktbeherrschendes Oligopson der Lottogesellschaften vor.

154 BKA, Beschluss vom 23.8.2006, B10-92713-Kc148/05, Rn. 502-506 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*.

155 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.6.2007, VI-Kart 15/06 [V], WuW/E DE-R 2003, 2009 Rn. 105 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*.

156 BKA, Beschluss vom 23.8.2006, B10-92713-Kc148/05, Rn. 504 – *Deutscher Lotto- und Totoblock*.

157 Vgl. hierzu bereits oben S. 180.

b) Marktstarke Stellung der Lottogesellschaften

Selbst wenn man dem nicht folgen wollte und die Lottogesellschaften weder einzeln noch gemeinsam als marktbeherrschende Nachfrager i.S.d. § 19 Abs. 1 GWB 2005 (§ 18 Abs. 1, Abs. 5 GWB 2013) qualifizierte, würden sie jedenfalls als „relativ marktstarke“ Unternehmen gemäß § 20 Abs. 2 GWB 2005 (§ 20 Abs. 1 GWB 2013) dem Diskriminierungsverbot unterliegen. Denn die gewerblichen Lottovermittler sind als von der Lottogesellschaft abhängige kleine oder mittlere Unternehmen zu qualifizieren.

Als Anbieter gewerblicher Vermittlungsleistungen haben die Lottovermittler keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen. Durch die Parzellierung des deutschen Lottovertriebs auf der Grundlage des im GlüÄndStV angelegten länderspezifischen Erlaubnisvorbehalts für die Vermittlungstätigkeit i.V.m. dem praktizierten Verbot der bundeslandübergreifenden Quervermittlung von Spielscheinen sind die gewerblichen Vermittler von der jeweiligen Landeslottogesellschaft abhängig, weil sie für die in einem Bundesland akquirierten Spielscheine auf keinen anderen Abnehmer ausweichen können. Stellt wenn man auf die Vermittlungstätigkeit insgesamt ab, besteht ebenfalls eine Abhängigkeit von allen Lottogesellschaften, da diese in ihrem Nachfrageverhalten nach Vermittlungsleistungen ein weitgehend wettbewerbsloses Parallelverhalten praktizieren.¹⁵⁸

Bei den gewerblichen Vermittlern dürfte es sich auch regelmäßig um „kleine oder mittlere Unternehmen“ i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 1 GWB 2005 (§ 20 Abs. 1 Satz 1 GWB 2013) handeln. Als Orientierungspunkt für die Grenze zu einem Großunternehmen wird einerseits auf absolute Kriterien wie insbesondere die Umsatzschwelle für das Eingreifen der Fusionskontrolle (500 Mio. Euro gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB) abgestellt.¹⁵⁹ Zum anderen soll es aber auch oder sogar vor allem auf die relativen Größenverhältnisse ankommen, einerseits im Vergleich zu den Konkurrenten des diskriminierten Unternehmens, andererseits im Verhältnis zu Unternehmen auf der Marktgegenseite.¹⁶⁰ Eine eindeutige, generalisierungsfähige Abgrenzung hat sich in der bisherigen Praxis nicht he-

158 In einem insoweit vergleichbaren Fall hat der BGH die Abhängigkeit eines Anbieters von allen (sich parallel verhaltenden) Sozialversicherungsträgern mit einem gemeinsamen Nachfrageanteil von 80% bejaht, vgl. BGH WuW/E BGH 2919, 2921 f. – *Orthopädisches Schuhwerk*.

159 Vgl. *Bechtold*, GWB, 6. Aufl. 2010, § 20 Rn. 18 m.w.N.

160 *Markert* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, GWB, 4. Aufl. 2007, § 20 Rn. 43 m.w.N.

rauskristallisiert. Letztlich dürfte es auf eine Einzelfallbeurteilung ankommen, „ob das abhängige Unternehmen nach der Gesamtheit seiner Größenmerkmale über Abs. 2 den Schutz des § 20 Abs. 1 verdient oder nicht.“¹⁶¹

Auch wenn die gewerblichen Lottovermittler im Horizontalverhältnis zu den stationären Lottoannahmestellen einen erheblichen Größenvorteil aufweisen, lässt dieser Umstand ihre Schutzbedürftigkeit im Vertikalverhältnis zu den marktbeherrschenden Lottogesellschaften, von denen sie abhängig sind, nicht entfallen. Angesichts der hohen Umsätze, die Lottogesellschaften aus dem stationären Geschäft und auch insgesamt erzielen, dürften die Umsätze der privaten Lottovermittler relativ gering ausfallen. In der Vergangenheit lagen die vermittelten Spieleinsätze der Vermittler zwischen 20 und 350 Millionen Euro.¹⁶² Die sich hieraus ergebenden (Netto-)Umsätze der Vermittler lagen jedoch je nach Geschäftsmodell (Direktvermittler, Spielgemeinschaftsanbieter) deutlich darunter (ca. 9-30% der Spieleinsätze).¹⁶³ Daher ist davon auszugehen, dass die privaten Lottovermittler jedenfalls im Verhältnis zu den Lottogesellschaften auf der Marktgegensseite grundsätzlich als „kleine oder mittlere“ Unternehmen zu qualifizieren sind und damit in den Schutzbereich des § 20 Abs. 2 GWB 2005 (§ 20 Abs. 1 GWB 2013) fallen.

2. Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist

Das Diskriminierungsverbot hat bis zum 30.6.2013 nur „in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist“ (§ 20 Abs. 1 GWB 2005) gegolten. Die Rechtsprechung legte insoweit keinen strengen Maßstab an, sondern verstand das Tatbestandsmerkmal nur als ein relativ grobes Raster.¹⁶⁴

¹⁶¹ So Markert, a.a.O., § 20 Rn. 43 a.E. (zu § 20 GWB 2005).

¹⁶² Angaben des DLV e.V.

¹⁶³ Angaben des DLV e.V.

¹⁶⁴ Vgl. nur BGH WuW/E BGH 1829, 1833 – *Original-VW Ersatzteile II*; WuW/E BGH 3058, 3063 – *Pay-TV-Durchleitung*; WuW/E DE-R 357, 358 – *Feuerwehrgeräte*; WuW/E DE-R 134 f. – *Bahnhofsbuchhandel*; WuW/E DE-R 1203, 1204 – *Depotkosmetik im Internet* („verhältnismäßig grobe Sichtung“); Deister in Schulte/Just, Kartellrecht, 2012, § 20 GWB Rn. 68 m.w.N. („grobe Vorsortierung“); zur wettbewerbspolitischen Fragwürdigkeit dieses Tatbestandsmerkmals Markert in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, GWB, 4. Aufl. 2007, § 20 GWB Rn. 92. Mit der am 30.6.2013 in Kraft getretenen 8. GWB-Novelle, die zu einer systematischen Neuordnung der Missbrauchskontrolle nach den §§ 19, 20 GWB 2005 in den §§ 18–20 GWB 2013 führ- →

Für die (im Diskriminierungstatbestand nunmehr des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB 2013 nach wie vor relevante) Gleichartigkeit der Unternehmen ist insoweit maßgebend, ob sie im Verhältnis zur Marktgegenseite (hier: der Lottogesellschaften) gleichartige wirtschaftliche (Grund-)Funktionen ausüben.¹⁶⁵ Unerheblich ist dagegen in diesem Zusammenhang, ob die betrachteten Unternehmen im Verhältnis zueinander gleichartigen Wettbewerbsbedingungen unterliegen.¹⁶⁶ Im vorliegenden Fall ist das Kriterium der Gleichartigkeit klar erfüllt. Der Geschäftsverkehr mit den Lottogesellschaften zwecks Lottovermittlung ist den gewerblichen Vermittlern i.S.d. § 20 Abs. 1 GWB 2005 „üblicherweise zugänglich“. Wie schon bis zum Inkrafttreten des ersten Glücksspielstaatsvertrags schließen die Landeslottogesellschaften seit dem Wirksamwerden des GlüÄndStV wieder Verträge mit gewerblichen Spielvermittlern über die Zuführung von Lottospielscheinen über das Internet. In der Sache erfüllen diese die gleiche wirtschaftliche Funktion wie die stationären Lottoannahmestellen.¹⁶⁷ Die Gleichartigkeit wird ferner nicht dadurch ausgeschlossen, dass stationäre Annahmestellen ähnlich einem Handelsvertreter agieren.¹⁶⁸ Erst wenn die Lottogesellschaften ihren Absatz selbst über konzerninterne Vertriebsunternehmen durchführten, wäre eine gleichartige wirtschaftliche Funktion zweifelhaft.¹⁶⁹ Vorliegend sind jedoch beide Gruppen von Vertriebspartnern als „gleichartige Unternehmen“ einzuordnen. Ob und inwieweit eine Differenzierung zwischen ihnen bei den jeweils gewährten Konditionen sachlich gerechtfertigt werden kann, ist damit allerdings noch nicht entschieden, sondern bedarf einer näheren Analyse im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung.

→ te, ist dieses Tatbestandsmaerkmal weggefallen. Es war in der Rechtsprechung derart weit ausgelegt worden, dass es ohnehin praktisch keine Bedeutung mehr hatte, s. *Bechtold*, GWB, 7. Aufl. 2013, § 19 Rn. 33. Beibehalten wurde jedoch das Kriterium des „gleichartigen Unternehmens“ im Tatbestand der Diskriminierung gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB 2013.

165 *Nothdurft* in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 11. Aufl. 2011 (Bd. 1), § 20 Rn. 97 m.w.N. aus der Rspr.

166 Vgl. nur *Markert* in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 20 Rn. 101.

167 Die Ausübung derselben Grundfunktion bei ihrer unternehmerischen Tätigkeit im Verhältnis zum Normadressaten (z.B. Einzelhandel, Großhandel, Herstellung) ist die wichtigste Voraussetzung für die Gleichartigkeit, vgl. nur *Bechtold*, GWB, 6. Aufl. 2010, § 20 Rn. 35 m. w.N.

168 Vgl. KG, Beschluss vom 4.7.1974, WuW/E OLG 1499, 1503 – *Agip II*. (Gleichartigkeit von freien Tankstellen und der als Handelsvertreter agierenden Markentankstellen).

169 Vgl. Leitentscheidung BGH vom 10.2.1987, WuW/E BGH 2360, 2365 – *Freundschaftswerbung*.

Hervorzuheben ist, dass auch neu auf den Markt kommende Unternehmen grundsätzlich in den Schutzbereich des Diskriminierungsverbots fallen und eine Gleichbehandlung mit den dort bereits etablierten Unternehmen verlangen können.¹⁷⁰

3. Ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlung

a) *Ungleiche Behandlung der privaten Lottovermittler und der Lottoannahmestellen*

Im vorliegenden Fall kommt eine unterschiedliche Behandlung gleichartiger Unternehmen vor allem in zwei Punkten in Betracht: Zum einen gewähren die Landeslottogesellschaften nur den stationären Lottoannahmestellen Unterstützung bei der Werbung sowie bei der technischen Ausrüstung und Anbindung für die Entgegennahme und Weiterleitung der Lottotipps. Zum anderen erhalten die gewerblichen Lottovermittler in vielen Bundesländern eine erheblich (um bis zu 20%) geringere Nettoprovision auf die vermittelten Spieleinsätze (einschließlich Bearbeitungsgebühr der Lottogesellschaften); teilweise wird ihnen die Zahlung einer Provision sogar gänzlich verweigert.¹⁷¹ Ob in der asymmetrischen bzw. verweigten Provision und einseitigen Gewährung von geldwerten sonstigen Vorteilen eine verbotene Diskriminierung durch die Lottogesellschaften liegt, hängt davon ab, ob hiermit wirtschaftlich gleichliegende Sachverhalte unterschiedlich behandelt werden, ohne dass dafür eine sachliche Rechtfertigung gegeben ist.

Prima facie handelt es sich bei der Vermittlung von Lottospielern, sei es durch stationäre Annahmestellen, sei es durch unabhängige Vermittler, um ökonomisch gleichgelagerte Sachverhalte. Die auf der Wahrnehmung derselben wirtschaftlichen Funktion beruhende Einordnung als „gleichartige Unternehmen“ führt allerdings nicht automatisch dazu, dass diese beiden Gruppen von Vertriebspartnern der Lottogesellschaften in jeder Hinsicht gleich zu behandeln sind. Ob bestimmte Sachverhalte wirtschaftlich vergleichbar sind, lässt sich letztlich nur im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung entscheiden. Diese überschneidet sich weitgehend mit dem weiteren Merkmal des sachlich gerechtfertigten Grundes.¹⁷² So geht es auch hier nicht darum, dass die Lottogesellschaften bei einem identischen Sachverhalt verschiedene Personen (Vermitt-

170 Vgl. BGH WuW/E BGH 1620, 1623 – *Revell Plastics*; Bechtold, *GW*B, 6. Aufl. 2010, § 20 Rn. 39.

171 Angaben des DLV e.V.

172 Bechtold, *GW*B, 6. Aufl. 2012, § 20 Rn. 53.

ler) ungleich behandeln, sondern um die Frage, ob die (trotz genereller „Gleichartigkeit“ der wirtschaftlichen Funktion) tatsächlich bestehenden Unterschiede zwischen der Tätigkeit der stationären Annahmestellen einerseits und derjenigen der gewerblichen Lottovermittler andererseits ihre unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.

b) Fehlen eines sachlich gerechtfertigten Grundes

aa) Allgemeine Grundsätze

Ob eine Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt ist, lässt sich nur anhand einer umfassenden Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Belange aller Beteiligten sowie der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB beurteilen.¹⁷³ Die Verfolgung wettbewerbsfremder Zwecke bleibt dabei prinzipiell unberücksichtigt.¹⁷⁴ Ebenso wenig dürfen Interessen berücksichtigt werden, deren Durchsetzung von der Rechtsordnung missbilligt wird. Gesetzliche Wertungen aus anderen Bereichen können dagegen durchaus in die Interessenbewertung einfließen.¹⁷⁵ Im vorliegenden Fall könnte dies für ordnungsrechtliche Erwägungen insbesondere zum Schutz der Spielteilnehmer bei der gewerblichen Spielvermittlung gelten. Zu beachten ist jedoch, dass diese bereits Gegenstand des Erlaubnisverfahrens sind, das jeder Lottovermittler erfolgreich durchlaufen muss, bevor er Kunden für die Lottogesellschaften akquirieren darf. Für die mögliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung verschiedener Gruppen von Vertriebsmittlern erscheinen sie daher kaum geeignet. Dementsprechend hat das BKartA in einem früheren Verfahren entschieden, dass die seinerzeit angegriffene Aufforderung zum Abbruch der Geschäftsbeziehungen mit gewerblichen Lottovermittlern nicht mit ordnungsrechtlichen Erwägungen sachlich gerechtfertigt werden könnte.¹⁷⁶

173 St. Rspr., s. nur BGH WuW/E DE-R 220, 221 – *U-Bahn-Buchhandlungen*; OLG Frankfurt WuW/E DE-R 1081, 1083 – *Lotterieannahmestelle*; aus dem Schrifttum statt aller Markert in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, GWB, 4. Aufl. 2007, § 20 Rn. 129 m.w.N.

174 Vgl. etwa für die Verfolgung arbeitsmarktpolitischer Ziele unter dem Schlagwort „Wahrung eines geordneten Wettbewerbs“ KG, NJW-E WettbR 1998, 284, 186 – *Tarifstreuerklärung*.

175 So hat die Rechtsprechung eine gewisse Bevorzugung des Bahnhofsbuchhandels auf der Grundlage seiner Privilegierung im Ladenschlussgesetz gebilligt, BGH WuW/E DE-R 133, 136 – *Bahnhofsbuchhandel*.

176 BKartA, Beschluss vom 23.8.2006, B10-92713-Kc148/05, Rn. 511 mit Rn. 253 ff. – *Deutscher Lotto- und Totoblock*.

Für die Prüfung der sachlichen Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung sind zunächst die Beteiligten und ihre jeweiligen Interessen festzustellen, bevor in einem wertenden Akt die Abwägung der Interessen unter Berücksichtigung der normativen Vorgaben des GWB erfolgt.¹⁷⁷

bb) Die maßgeblichen Interessen der Beteiligten

(1) Interessen der Lottogesellschaften

Auf Seiten der Lottogesellschaften fällt ihr Interesse an der Wahrung eines breiten unternehmerischen Freiraums insbesondere bei der Gestaltung ihres Vertriebssystems ins Gewicht.¹⁷⁸ Die Möglichkeit zur unterschiedlichen Behandlung verschiedener Vertragspartner, die Berücksichtigung unterschiedlicher Preis- oder Produktpreferenzen auch bei objektiv gleichartigen Leistungen oder Gegenleistungen, gehört zu den Kernelementen unternehmerischer Freiheit und ist grundsätzlich Ausdruck des Wettbewerbs.¹⁷⁹ Preis- und Konditionendifferenzierungen sind daher nur ausnahmsweise angreifbar, insbesondere wenn sie willkürlich sind.¹⁸⁰ Unklar ist, ob es bereits genügt, dass die Ungleichbehandlung (aus Sicht eines Dritten) unternehmerisch nicht nachvollziehbar ist.¹⁸¹ Unter Berücksichtigung des hohen Stellenwerts der Privatautonomie im System des freien und fairen Wettbewerbs, die auch einem marktbeherrschenden Unternehmen nicht pauschal abgesprochen werden kann, sollte es für eine sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung ausreichen, wenn der – insoweit darlegungs- und beweispflichtige¹⁸² – Normadressat plausible Gründe für die Ungleichbehandlung vorbringt, die ggf. auch nur unter Berücksichtigung seines individuellen Präferenzsystems nachvollziehbar und wettbewerbskonform sind.

Nach diesem Maßstab könnten regional unterschiedliche oder auf bestimmte Kundengruppen beschränkte Preise oder Konditionen für dieselben Produkte oder Leistungen insbesondere dann Teil einer plausiblen unternehmerischen Strategie sein, wenn sie dazu dienen sollen, in

177 Vgl. *Deister* in Schulte/Just, Kartellrecht, 2012, § 20 GWB Rn. 79,103.

178 Vgl. hierzu statt aller OLG Frankfurt, WuW/E DE-R 1081, 1082 – *Lotterienannahmestelle*.

179 *Deister* in Schulte/Just, Kartellrecht, 2012, § 20 GWB Rn. 134.

180 *Deister* in Schulte/Just, Kartellrecht, 2012, § 20 GWB Rn. 136.

181 Verneinend *Deister* in Schulte/Just, Kartellrecht, 2012, § 20 GWB Rn. 136, demzufolge es „weiterer Elemente“ bedürfe, „um die Schwelle zur Willkür zu erreichen“.

182 St. Rspr., s. nur BGH WuW/E BGH 1814, 1819 – *Belieferungsunwürdige Verkaufsstätten II*; *Bechtold*, GWB, 6. Aufl. 2010, § 20 Rn. 65 m.w.N.

neue Märkte vorzustoßen oder Marktanteile hinzuzugewinnen.¹⁸³ Hier lässt sich ein anerkennenswertes Interesse der Lottogesellschaften feststellen, für weite Bevölkerungskreise durch ein dichtes Netz an stationären Lottoannahmestellen in der Fläche gut erreichbar zu sein. Dieser Aspekt könnte möglicherweise die Gewährung besonderer Vorteile an die Betreiber stationärer Annahmestellen rechtfertigen.

Des weiteren gehört zu dem unternehmerischen Freiraum, auf den sich selbst marktbeherrschende Unternehmen bei der Ausgestaltung ihres Vertriebssystems nach eigenem Ermessen berufen können,¹⁸⁴ auch die Option, den Vertrieb selbst durchzuführen oder sich einen besonderen Vertriebsweg vorzubehalten.¹⁸⁵ Dies schließt in den Fällen eines mehrgleisigen Vertriebs (einerseits durch externe Kooperationspartner, andererseits durch eigene Aktivitäten im Direktvertrieb) eine besondere Förderung oder gar Bevorzugung der eigenen Absatzanstrengungen grundsätzlich ein. So ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass auch ein Marktbeherrscher ein berechtigtes Interesse daran haben kann, eigene Tochtergesellschaften im Vergleich zu deren Wettbewerbern zu fördern.¹⁸⁶ Regelmäßig wird schon die Gleichartigkeit von Tochtergesellschaften des Marktbeherrschers und externen Drittunternehmen verneint.¹⁸⁷ Gleiches gilt grundsätzlich für die unmittelbaren Vertriebsaktivitäten eines marktbeherrschenden Unternehmens. Außerhalb einer sektorspezifischen Regulierung mit etwaigen Kalkulationsvorgaben oder Quersubventionierungsverboten ist es grundsätzlich auch einem Marktbeherrscher nicht verwehrt, besondere Ressourcen für die Stärkung seines eigenen Vertriebs (z.B. im Internet) einzusetzen, ohne entsprechende Unterstützungsleistungen auch externen Vertriebsmittlern gewähren zu müssen.

Allerdings ist auch ein solches Interesse an der Bevorzugung eigener oder konzerninterner, über Tochterunternehmen durchgeführter Ver-

183 Insoweit übereinstimmend *Deister* in Schulte/Just, Kartellrecht, 2012, § 20 GWB Rn. 136.

184 *Bechtold*, GWB, 6. Aufl. 2010, § 20 Rn. 45 m.w.N. zur st. Rspr.

185 BGH WuW/E DE-R 2363, 2367 – *Post-Wettannahmestelle* (bezüglich Internet-Vertrieb gegenüber stationären Annahmestellen).

186 BGH WuW/E 2755, 2759 – *Aktionsbeträge*.

187 BGH WuW/E BGH 2360, 2365 – *Freundschaftswerbung*; WuW/E BGH 1947, 1949 – *Stuttgarter Wochenblatt*; *Nothdurft* in Langen/Bunte, 11. Aufl. 2011 (Bd. 1), § 20 Rn. 99, 112 jeweils m.w.N. (Gleichartigkeit nur dann, „wenn ausnahmsweise eine gesetzliche Verpflichtung zur „Gleichbehandlung mit sich selbst“ ... vom Normadressaten zu beachten ist“).

triebsaktivitäten nicht generell schützenswert.¹⁸⁸ Ein strengerer Maßstab ist jedenfalls anzulegen, soweit es um die Tätigkeiten eines (staatlichen) Monopolisten geht, der nicht nur als Anbieter einer bestimmten Leistung ohne Wettbewerber ist, sondern zugleich den Zugang zu einem abgeleiteten Markt (hier den Nachfragemarkt nach Lottovermittlungsleistungen) vollständig kontrolliert. Ließe man in derartigen Konstellationen eine unbegrenzte Bevorzugungspraxis konzerninterner Aktivitäten zu, würde man letztlich die fortdauernde Existenz eines solchen abgeleiteten Marktes mit unabhängigen Wettbewerbern (zumindest auf einer bestimmten Vertriebschiene oder -ebene wie hier dem Online-Vertrieb von Lotto) dem Gutdünken des Monopolisten überlassen. Denn er hätte es jederzeit in der Hand, über eine massive Quersubventionierung der konzerninternen Tätigkeiten die Wettbewerbsfähigkeit der externen Vertriebspartner zu unterminieren und sie schließlich ganz vom Markt zu verdrängen. Dies widerspräche jedoch der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB. Jedenfalls dann, wenn der (staatliche) Monopolist auf dem abgeleiteten (Nachfrage-)Markt grundsätzlich einem Kontrahierungszwang unterliegt, darf er nicht unbeschränkt die von ihm existentiell abhängigen und teilweise zugleich im Wettbewerb mit ihm stehenden Vertriebspartner ungleich behandeln oder auf andere Weise benachteiligen.¹⁸⁹ Vor diesem Hintergrund kann (neben einer Ungleichbehandlung der gewerblichen Lottovermittler gegenüber den stationären Lottoannahmestellen) auch der Umstand, dass die Lottogesellschaften erhebliche Mittel in ihren eigenen Internetauftritt investieren und möglicherweise in der unternehmensinternen Kal-

188 Vgl. z.B. BGH, Urteil vom 24.9.2002, KZR 38/99, WuW/E DE-R 1051, 1052 ff. – *Vorleistungspflicht*, wonach ein Normadressat im Sinne des § 20 Abs. 1, 2 GWB, der seine Leistungen nicht ausschließlich über Tochtergesellschaften anbietet, die über seine Tochterunternehmen gewonnenen Kunden im Verhältnis zu anderen Kunden grundsätzlich nicht ungleich behandeln darf. Auch nach der Rechtsprechung des EuGH kann eine ungerechtfertigte Begünstigung konzerninterner Unternehmen eine missbräuchliche Diskriminierung i. S. d. Art. 102 AEUV darstellen, vgl. EuGH, Rs. C-242/95, Slg. 1997, I-4449, Rn. 40 ff. – *GT/Link*.

189 In diese Richtung auch *Nothdurft* in Langen/Bunte, 11. Aufl. 2011 (Bd. 1), § 19 Rn. 183, der für den Zugangsanspruch zu Netzen und anderen Infrastruktureinrichtungen nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB bei der Bemessung des angemessenen Entgelts zutreffend eine Übertragung des aus dem sektorspezifischen Regulierungsrecht stammenden Gedankens verlangt, dass der Normadressat den Zugangspetenten nicht anders als sich selbst behandeln dürfe (Grundsatz der „Gleichbehandlung mit sich selbst“), und diesen Ansatz auch auf das Diskriminierungsverbot überträgt, aaO, § 20 Rn. 112.

kulation höhere Provisionssätze für die im Rahmen dieser eigenen Vertriebschiene akquirierten Lottospieler zugrundelegen, als sie externen Dritten für Vermittlungsleistungen zahlen, im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung zur Feststellung einer unzulässigen Diskriminierung von Bedeutung sein.

(2) Interessen der gewerblichen Lottovermittler

Die gewerblichen Lottovermittler haben ein evidentes Interesse daran, auskömmliche Provisionen für die Vermittlung von Spielaufträgen an die Lottogesellschaften zu erhalten, und insoweit zumindest nicht schlechter als andere Vertriebspartner wie insbesondere die stationären Lottoannahmestellen, aber auch der Eigenvertrieb der Lottogesellschaften im Internet behandelt zu werden. Denn nur so lässt sich ihre Chancengleichheit im Wettbewerb mit anderen Unternehmen bewahren.¹⁹⁰ Dieser Aspekt spielt hier nicht nur im Verhältnis zu den stationären Annahmestellen, sondern auch im Verhältnis zu den Lottogesellschaften eine wichtige Rolle. Denn das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB 2005 (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB 2013) hat in erster Linie eine vertikale Schutzrichtung: es soll vor allem die Unternehmen auf der vor- und nachgelagerten Marktstufe schützen und ihnen im Verhältnis zum Normadressaten gleiche Marktchancen sichern.¹⁹¹

Soweit sogar eine existenzbedrohende Kürzung von Provisionen droht, steht das Interesse an einem freien Marktzugang auf dem Spiel, das angesichts der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB besonders schutzwürdig ist.¹⁹² Zudem ist das Interesse des (potentiell) diskriminierten Unternehmens am Erhalt der Freiheit bei der Wahl seiner Bezugs- und Vertriebswege¹⁹³ zu berücksichtigen.

cc) Mögliche Ansatzpunkte für eine sachliche Rechtfertigung und Interessenabwägung

(1) Relevante wirtschaftliche und rechtliche Besonderheiten beim Vertrieb über Lottoannahmestellen?

190 OLG Frankfurt, WuW/E OLG 1283, 1286 – *Brunneneinheits-Kunststoffkasten*; vgl. *Deister* in Schulte/Just, Kartellrecht, 2012, § 20 GWB Rn. 86 m.w.N.

191 *Deister* in Schulte/Just, Kartellrecht, 2012, § 20 GWB Rn. 94.

192 S. hierzu aus der Rechtsprechung insbes. BGH WuW/E BGH 1200, 1204 – *Vermittlungsprovision für Flugpassagen*; BGH WuW/E BGH 2990, 2997 – *Importarzneimittel*; OLG Stuttgart, WuW/E DE-R 1191, 1195 – *Telefonbuch-Inserate*; OLG München, WuW/E OLG 5898, 5901 – *Zahnersatz*.

193 OLG Celle, WuW/E DE-R 581, 583 – *VAG-Vertrieb*; OLG Stuttgart, WuW/E DE-R 307, 310 – *Medizinische Hilfsmittel*.

Sowohl die asymmetrische Gewährung von Provisionen für die Vermittlung von Lottospielaufträgen an gewerbliche Lottovermittler einerseits und an die stationären Annahmestellen andererseits als auch die bloße Unterstützung letzterer bei Werbung und technischer Infrastruktur lässt sich möglicherweise durch Unterschiede in der ökonomischen und rechtlichen Stellung dieser beiden Gruppen von Vertriebspartnern rechtfertigen.

Bei den stationären Lottoannahmestellen handelt es sich in der Regel um kleinere Unternehmen, die Kioske, Presse-, Tabak- oder Schreibwarengeschäfte, ggf. auch Tankstellen betreiben. Sie sind zumindest „ähnlich einem Handelsvertreter“ in deren Vertriebsorganisation eingebunden¹⁹⁴ und tragen damit selbst keine eigenen Absatzrisiken. Aufgrund ihres räumlich eingeschränkten Einzugsbereichs können sie von vornherein eine geringere Kundenzahl als die bundesweit tätigen gewerblichen Vermittler anziehen und bewältigen. Andererseits haben sie im Vergleich zu diesen einen sehr viel geringeren Betriebs- und Personalaufwand.

Vor diesem Hintergrund könnte es angesichts des aner kennenswerten Interesses der Lottogesellschaften an einer breiten Repräsentanz in der Fläche gerechtfertigt sein, dass die stationären Annahmestellen in begrenztem Umfang Hilfestellungen technischer Art und in Bezug auf Werbemittel durch die Lottogesellschaften erhalten. Hinzu kommt der Aspekt, dass die Annahmestellen sehr viel enger als die externen Lottovermittler in das eigene Vertriebssystem der Lottogesellschaften einbezogen sind. Der Umfang der gewährten zusätzlichen Leistungen, die anderen Vertriebsmittlern nicht zur Verfügung gestellt werden, müsste sich aber grundsätzlich darauf beschränken, einen wegen der geringen technischen und finanziellen Kapazitäten und des räumlich jeweils sehr engen Kundeneinzugsbereichs der stationären Annahmestelle erforderliche Unterstützung zu gewähren. Dieser Bereich ist überschritten, wenn die stationären Lottoannahmestellen aus regionalpolitischen Gründen eine darüber hinausgehende finanzielle Förderung erhalten und z.B. (mittelbar) an Einnahmen aus dem Internetvertrieb der Lottogesellschaften beteiligt werden.¹⁹⁵

194 Vgl. BGH WuW/E DE-R 2363, 2366 – *Post-Wettannahmestelle*; OLG Frankfurt, WuW/E DE-R 1081, 1084 – *Lotteriannehmestelle* (treuhänderische Entgegennahme der Spielaufträge „ähnlich einem Handelsvertreter“).

195 In Bayern ist offenbar beabsichtigt, die terrestrischen Lottoannahmestellen mit 3,2% an den Internetumsätzen zu beteiligen, vgl. den Artikel „Großaufgebot an Annahmestellenleitern im Münchner Hofbräuhaus“ in: *Die Tabakzeitung* vom 23.11.2012.

Zudem erstreckt sich die mögliche sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung von stationären Lottoannahmestellen und bundesweit tätigen gewerblichen Spielvermittlern nur darauf, dass anderen Vertriebsmittlern nicht ebenfalls die gleichen Sachleistungen in Form technischer Unterstützung sowie der Bereitstellung von Werbemitteln gewährt werden müssen.¹⁹⁶ Dagegen vermögen die genannten wirtschaftlichen und rechtlichen Besonderheiten des Lottovertriebs über stationäre Annahmestellen keine materielle Besserstellung bei der Provisionshöhe zu rechtfertigen.

Denn für die Frage der Zulässigkeit einer Differenzierung bei der Provisionshöhe kann vor dem Hintergrund der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB weder die rechtliche Ausgestaltung der Vertragsbeziehung ähnlich einem Handelsvertreter oder als selbstständiges Vermittlerverhältnis noch der ökonomische Aspekt der Integration in die Vertriebsorganisation der Lottogesellschaft oder die Betriebs- bzw. Unternehmensgröße eine entscheidende Rolle spielen. In der bisherigen Rspr. ist anerkannt, dass stationäre Facheinzelhändler unabhängig davon, ob sie als Eigenhändler oder Handelsvertreter tätig sind, prinzipiell gleich zu behandeln sind.¹⁹⁷ Ebenso muss hinsichtl. der Lieferkonditionen eine Differenzierung zwischen stationären und internetbasierten Vertriebspartnern grundsätzlich unterbleiben.¹⁹⁸ Speziell

196 Das Diskriminierungsverbot richtet sich nicht unmittelbar gegen die Bevorzugung einzelner Geschäftspartner, sondern gegen die sich daraus indirekt ergebende Benachteiligung der anderen durch die Beeinträchtigung ihrer wettbewerblichen Chancengleichheit, *Markert* in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 20 Rn. 121. Zudem hätten die gewerblichen Lottovermittler hier wegen der nicht-terrestrischen Kundenansprache wohl ohnehin kein Interesse an gegenständlichen Werbematerialien.

197 Vgl. BGH WuW/E BGH 2238, 2246 – *EH-Partner-Vertrag* (Gleichartigkeit von Eigenhändlern und Handelsvertretern; Interesse des Herstellers, durch die Umstellung auf einen Handelsvertretervertrieb dem Preisbindungsverbot zu entgehen, nicht schutzwürdig; KG WuW/E OLG 1499, 1502 – *AGIP II*; vgl. auch *Bechtold*, GWB, 6. Aufl. 2010, § 20 Rn. 58 (Gleichbehandlungspflicht auch im Verhältnis zu Handelsvertretern).

198 Vgl. zur Gleichartigkeit von stationären Einzelhändlern und Internethändlern BGH WuW/E DE-R 1203, 1204 – *Depotkosmetik im Internet* (für Parfums); OLG Hamburg WuW/E DE-R 1076, 1081 – *Online Ticketshop* (für Ticketverkauf). Stationäre Einzelhändler und Versandhändler sind ebenfalls als gleichartige Unternehmen i.S.d. § 20 Abs. 1 GWB einzuordnen, vgl. KG WuW/E OLG 3501, 3502 f. – *Märklin*; BGH BB 1998, 2332, 2333 f. – *Depotkosmetik*; (bei der sachlichen Rechtfertigung teilweise differenzierend) BGH WuW/E BGH 1995, 1997 f. – *Modellbauartikel III*.

für Lotterieannahmestellen ist entschieden worden, dass es nicht darauf ankommt, mit welcher Art von stationärem Geschäft ihr Betrieb verbunden ist (z.B. mit einem Pressefachgeschäft oder mit einem Tabak- und Schreibwarenhandel).¹⁹⁹

Ebensowenig stellt die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit oder das erschließbare Kundenpotential ein relevantes Kriterium für die Höhe der Vergütung der konkret erbrachten (Vermittlungs-)Leistung dar. Der Umstand, dass die unabhängigen gewerblichen Spielvermittler keine stationären Annahmestellen mit ihrem sehr begrenzten regionalen Einzugsbereich betreiben, sondern im Internet und/oder über andere Fernkommunikationsmittel (z.B. auf dem Postweg) bundesweit mit potentiellen Kunden in Kontakt treten und daher eine erheblich größeres Kundenpotential (für die Lottogesellschaften) erschließen können als einzelne Annahmestellen, stellt keinen sachlich berechtigten Grund für eine Differenzierung bei der Höhe der gewährten Provision dar. Die Provision ist ökonomisch eine Erfolgsprämie für die tatsächliche Zuführung von Spieleinsätzen. Mit ihr partizipieren die Vermittler zu einem bestimmten Bruchteil an den Einnahmen der Lottogesellschaften, soweit sie aus den Spieleinsätzen und Bearbeitungsentgelten der ihnen vermittelten Lottospieler resultieren. Die Art der Vermittlung (stationär, online oder auf sonstige Weise) ist für den durch die Vermittlung herbeigeführten Nutzen für den Spielveranstalter ohne Belang.²⁰⁰ Dieser hängt vielmehr proportional von dem Umfang der vermittelten Spieleinsätze ab. Je mehr Spielscheine ihm zugeführt werden, desto größer ist sein Ertrag. Ein sachlicher Grund dafür, bei einem (potentiell) größeren Vermittlungsvolumen einen geringeren Provisionssatz anzuwenden, ist nicht erkennbar.

Für die Beurteilung, ob die gewerblichen Lottovermittler und die stationären Lottoannahmestellen bei den Provisionen für ihre jeweilige Vermittlungsleistung wirtschaftlich gleich behandelt werden, ist nicht nur auf die Geldbeträge der gezahlten Provisionen abzustellen. Vielmehr sind alle geldwerten Leistungen der Lottogesellschaften, die sie ihren Vermittlern im Zusammenhang mit deren Tätigkeit zur Akquirierung von Spielscheinen gewähren, einzubeziehen. Ökonomisch spielt es keine Rolle, ob die materielle Gegenleistung der Lottogesellschaften für die

199 OLG Frankfurt WuW/E DE-R 1081, 1083 – *Lotterieannahmestelle*.

200 Wird dem Kunden die Möglichkeit zum Ausfüllen eines Lottoscheins im Internet gegeben, entspricht die Funktion der Internetseite praktisch in vollem Umfang der einer Annahmestelle, so auch ausdrücklich BGH WuW/E DE-R 2363, 2366 – *Post-Wettannahmestelle*.

Vermittlung von Spiel Tipps nur in einem bestimmten Geldbetrag besteht oder in eine Geldzahlung und eine geldwerte Sachleistung aufgespalten wird. Maßgeblich für die Höhe der „Provision“ als Entgelt für die Vermittlungsleistung ist letztlich der materielle Gesamtbetrag der von der Lottogesellschaft erbrachten Gegenleistung. Der Vergleich darf sich daher nicht auf die in Geld gezahlten Nettoprovisionen beschränken. Vielmehr sind bei den Lottoannahmestellen zu der durchschnittlich gezahlten Nettoprovision von etwa 6% der Spieleinsätze und Bearbeitungsgebühren noch die geldwerten Sachleistungen in Form von technischer und werblicher Unterstützung durch die Lottogesellschaften hinzuzurechnen, die sie in unmittelbarem Zusammenhang mit der Erbringung ihrer Vermittlungsleistungen erhalten. Diese zusätzlichen geldwerten Leistungen dürften sich auf weitere etwa 3% vom Umsatz belaufen.²⁰¹ Die „materielle Gesamtprovision“ für die stationären Lottoannahmestellen beträgt somit ungefähr 9% der Spieleinsätze und Bearbeitungsgebühren. Demgegenüber werden gewerblichen Spielvermittlern von den Lottogesellschaften durchschnittlich lediglich Nettoprovisionen in Höhe von ca. 6% gezahlt und keine Zusatzleistungen erbracht.²⁰² Für diese eklatante Ungleichbehandlung bei der materiellen Provisionshöhe für die gleiche Leistung der Vermittlung von Spielscheinen besteht keine sachliche Rechtfertigung.

(2) Größere Freiheit der Konditionengestaltung auf Seiten marktbeherrschender Nachfrager?

Fraglich ist, ob die Lottogesellschaften deshalb einen größeren Spielraum für eine ungleiche Behandlung der Anbieter von Vermittlungsleistungen haben, weil es insoweit um das Verhalten von marktmächtigen Nachfragern geht. Ebenso wie marktbeherrschende Anbieter grundsätzlich zu gleichen Preisen verkaufen und etwaige Preisunterschiede sachlich rechtfertigen müssen,²⁰³ sind marktbeherrschende Nachfrager ebenfalls verpflichtet, Anbieter im Prinzip gleich zu behandeln. Willkürliche Differenzierungen sind verboten.²⁰⁴ Allerdings wird marktbeherrschenden

201 Einschätzung des DLV e.V.

202 Angaben des DLV e.V.

203 Dafür kann z.B. auf unterschiedliche Funktionen oder Leistungen der Abnehmer abgestellt werden, vgl. *Bechtold*, GWB, 6. Aufl. 2010, § 20 Rn. 61 m.w.N.

204 Vgl. z.B. zum pauschalen Ausschluss von privaten Krankentransportunternehmen von der Beauftragung mit Krankentransportleistungen oder von der Direktabrechnung der erbrachten Leistungen BGH WuW/E BGH 2707, 2713 f. – *Krankentransportunternehmen II*; OLG Karlsruhe, WuW/E OLG 5066, 5070 – *Direktabrechnungsausschluss*; s. auch OLG Hamburg WuW/E →

den Nachfragern von der Rechtsprechung regelmäßig ein im Vergleich zu Anbietern größerer unternehmerischer Ermessensspielraum für die sachliche Rechtfertigung von Preis- und Konditionendifferenzierungen zugebilligt.²⁰⁵

Die Gründe dafür liegen zum einen darin, dass Nachfrager grundsätzlich ein berechtigtes Interesse daran haben, bei der Deckung ihres Bedarfs Bündelungsvorteile wahrzunehmen und nicht gezwungen zu sein, ihre Beschaffungsvorgänge auf mehrere Anbieter aufzuspalten.²⁰⁶ Zum anderen gilt insbesondere für Handelsunternehmen, dass sie das volle Absatzrisiko der bezogenen Produkte tragen müssen.²⁰⁷

Beide Aspekte greifen im vorliegenden Fall aber nicht: Die Lottunternehmen tragen bezüglich der von den gewerblichen Vermittlern zugeführten Tippscheine keinerlei Absatzrisiko. Außerdem können sie durch eine Konzentration auf einige wenige Vermittler oder die Zurückweisung eingeworbener Tippscheine nichts gewinnen. Ihr objektives wirtschaftliches Interesse geht vielmehr dahin, durch eine möglichst breite und vielfältige Palette an Vermittlungsleistungen die potentielle Kundenbasis (im eigenen Bundesland) vollständig auszuschöpfen. Bündelungsvorteile sind dagegen beim Bezug der Vermittlungsdienste nicht, jedenfalls nicht in nennenswertem Umfang, zu erwarten.

Das Bestreben, möglichst günstige Bezugskonditionen durchzusetzen und dabei je nach den Umständen gegenüber verschiedenen Anbietern unterschiedliche Konditionen zu vereinbaren, stellt zwar per se noch kein Indiz für eine unzulässige Diskriminierung unter Verstoß gegen § 20 Abs. 1 GWB dar. Die Norm begründet keine allgemeine Meistbegünsti-

→ DE-R 403, 407 – *Pay-TV-Durchleitung* (die unterschiedliche Konditionengestaltung darf nicht „auf Willkür oder wirtschaftsfremden unternehmerischen Entscheidungen“ beruhen).

205 Vgl. etwa BGH WuW/E BGH 2399, 2405 – *Krankentransporte*; BGH WuW/E BGH 2990, 2995 – *Importarzneimittel*; OLG Frankfurt, WuW/E OLG 4354, 4357 – *Betankungsventile*; OLG Stuttgart, WuW/E DE-R 307, 310 – *Medizinische Hilfsmittel*; BGH WuW/E BGH 3104, 3107 – *Zuckerrübenanlieferungsrecht II*; NJW 1977, 628, 630 – *Abschleppunternehmen*. In der Lit. stößt diese Sicht ganz überwiegend auf Zustimmung, s. nur *Markert* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, GWB, 4. Aufl. 2007, § 20 Rn. 209, 212, 215 m.w.N.

206 Vgl. z.B. BGH WuW/E BGH 2399, 2405 – *Krankentransporte*; WuW/E BGH 2683, 2687 – *Zuckerrübenanlieferungsrecht*.

207 K. Westermann in MünchKomm zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Bd. 2 GWB, 2008, § 20 Rn. 106; vgl. auch BGH WuW/E BGH 2990, 2996 – *Importarzneimittel* (Interesse des Normadressaten an freier Sortimentsgestaltung greift nicht bei fehlendem Absatzrisiko).

gungsverpflichtung, nach der jedem Anbieter die gleiche Vergütung zu zahlen wäre.²⁰⁸ Die Grenze zur wettbewerbswidrigen Diskriminierung ist allerdings dann überschritten, wenn ein marktbeherrschender Nachfrager systematisch bestimmte (Gruppen von) Anbieter(n) schlechter behandelt.²⁰⁹ Sofern etwa ein Normadressat „im Rahmen von Verhandlungen mit den Anbietern [...] bewußt nur gegenüber denjenigen besonders günstige Konditionen durch(setzt), bei denen eine besondere Abhängigkeit vom Normadressaten besteht, fehlt es an der sachlichen Rechtfertigung der damit verbundenen unterschiedlichen Behandlung.“²¹⁰

Eine derartige besonders starke Abhängigkeit von den Lottogesellschaften besteht hier für die gewerblichen Spielvermittler, da ihnen für die in einem Bundesland akquirierten Lottoscheine jeweils nur die hierfür „zuständige“ Landeslottogesellschaft als (möglicher) Vertragspartner zur Verfügung steht. Vor diesem Hintergrund sind die von den Lottogesellschaften in jüngerer Zeit in den Verträgen mit Lottovermittlern vielfach durchgesetzten erheblichen Reduktionen der gewährten Provisionen (oder in Einzelfällen gar die Verweigerung von Provisionszahlungen) ein gewichtiges Indiz für die tatsächliche Ausübung von Marktmacht durch die Lottogesellschaften. Diese haben sich beim Abschluss der Verträge nicht etwa nur ein im Markt bereits bestehendes Preisgefälle zwischen verschiedenen Anbietern zunutze gemacht.²¹¹

Da auch keine sonstigen legitimen Gründe für die erhebliche Minderung oder gar Ablehnung von Provisionszahlungen (nur) bei den gewerblichen Lottovermittlern ersichtlich sind, stellt sich diese asymmetrische Provisionspraxis im Verhältnis zu den stationären Lottoannahmestellen einerseits und den gewerblichen Spielvermittlern andererseits als eine systematische unterschiedliche Behandlung von zwei verschie-

208 BGH WuW/E DE-R 839, 841 f. – *Privater Pflegedienst*; OLG Hamburg WuW/E DE-R 403, 407 – *Pay-TV-Durchleitung*; K. Westermann in MünchKomm zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Bd. 2 GWB, 2008, § 20 Rn. 109.

209 Vgl. z.B. BGH WuW/E DE-R 839, 842 – *Privater Pflegedienst* sowie allg. zum Aspekt der systematischen Ungleichbehandlung durch Nachfrager (z.B. durch das Verlangen der Einräumung von Sonderkonditionen von vornherein nur gegenüber einzelnen vergleichbaren Lieferanten) Markert in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, GWB, 4. Aufl. 2007, § 20 Rn. 209, 215.

210 BGH WuW/E DE-R 839, 842 – *Privater Pflegedienst*; K. Westermann in MünchKomm zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Bd. 2 GWB, 2008, § 20 Rn. 109; Markert in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, GWB, 4. Aufl. 2007, Rn. 215; FK/Rixen, § 20 Rn. 257.

211 Vgl. zu diesem Aspekt BGH WuW/E DE-R 839, 842 – *Privater Pflegedienst*.

denen Gruppen von Vertriebspartnern dar, die sachlich nicht gerechtfertigt ist.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der bundesweite Provisionswettbewerb bei der Lottovermittlung auf der Grundlage des Glü-ÄndStV und der Ausführungsgesetze der Länder (mit dem länderspezifischen Erlaubnisvorbehalt für die Lottovermittlung und dem praktizierten Verbot, die in einem Bundesland abgegebenen Spielscheine für die Erzielung einer maximalen Provision bei der Lottogesellschaft eines anderen Bundeslandes einzureichen) faktisch ausgeschaltet ist. Umso mehr ist es geboten, dass die hierdurch betroffenen gewerblichen Vermittler zumindest innerhalb des so gesteckten Rahmens in dem jeweiligen Bundesland wettbewerbliche Chancengleichheit erhalten. Die Landeslottogesellschaften dürfen daher die gewerblichen Vermittler insbesondere bei der Provisionshöhe nicht gegenüber den stationären Annahmestellen und ihrem Eigenvertrieb benachteiligen.²¹²

Anerkennenswerte Gründe für die Zubilligung eines erweiterten Spielraums für Differenzierungen bei der Nachfrage nach Vermittlungsleistungen durch die Lottogesellschaften bestehen demnach nicht. Im Gegenteil: die besonderen Umstände des vorliegenden Falls sprechen dafür, dass die Lottogesellschaften sogar rechtlich verpflichtet sind, mit zugelassenen Vermittlern entsprechende Rahmenverträge über die Entgegennahme von vermittelten Spielaufträgen zu angemessenen Konditionen abzuschließen.

(3) Kontrahierungspflicht zu angemessenen Konditionen

Zu prüfen bleibt, ob – unabhängig vom Aspekt der sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung gegenüber den stationären Lottoannahmestellen – sogar ein unmittelbarer Anspruch der gewerblichen Lottovermittler gegen die Lottogesellschaften auf Zahlung einer angemessenen Provision besteht. Zwar ist anerkannt, dass ein marktbeherrschender Nachfrager (auch) dadurch gegen § 20 Abs. 1 GWB 2005 (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB 2013) verstoßen kann, dass er von ihm abhängigen Anbietern zu niedrige Preise zahlt.²¹³ Allerdings besteht kein genereller

212 In diese Richtung auch *Monopolkommission*, 19. Hauptgutachten, Tz. 42.

213 *Bechtold*, GWB, 6. Aufl. 2010, § 20 Rn. 51. Umgekehrt kann eine unbillige Behinderung im Vertikalverhältnis durch einen Lieferanten vorliegen, wenn ein Normadressat einem Großhändler einen unzureichenden Rabatt einräumt, der es ihm unmöglich macht oder erheblich erschwert, seine Großhandelsfunktion auszuüben, *Bechtold*, aaO.

Anspruch abhängiger Unternehmen darauf, dass ihnen ein Preis gezahlt wird, der angemessen ist²¹⁴ oder zumindest den Kosten entspricht, die der Normadressat bei einem Drittbezug oder einer Eigenproduktion aufwenden müsste.²¹⁵ Das gilt selbst dann, wenn das abhängige Unternehmen mangels Wettbewerbsfähigkeit aus dem Markt ausscheiden muss, sofern die zu niedrige Vergütung nicht aus anderen Gründen wettbewerbswidrig ist. Ein allgemeiner struktur- oder sozialpolitischer Bestandsschutz für Unternehmen, die sich marktmächtigen Konkurrenten gegenübersehen, lässt sich aus dem Schutzzweck des Diskriminierungsverbots nicht ableiten.²¹⁶

Etwas anderes kann aber gelten, wenn Waren oder Dienstleistungen, wie im Regelungssystem des GlüStV, einem Monopolisten angeboten werden müssen. So kann sich ein Anspruch gegen einen marktbeherrschenden Nachfrager auf Zahlung einer angemessenen Vergütung dann ergeben, wenn der Normadressat zum Vertragsschluss verpflichtet ist.²¹⁷ Sofern die Lottogesellschaften gegenüber den gewerblichen Vermittlern, die über die notwendige Erlaubnis verfügen, die Annahme der vermittelten Lottotipps nicht verweigern dürfen, also insoweit einem Kontrahierungszwang unterliegen, dürfen sie den Verträgen auch keine unangemessenen Konditionen zugrundelegen. Die Zustimmung der gewerblichen Vermittler zum Vertragsschluss zu diskriminierenden oder sonst unangemessenen Bedingungen vermag keine Rechtfertigungswirkung zu entfalten, weil die Vermittler in besonderem Maße von den Lottogesellschaften abhängig und auf den Vertragsschluss angewiesen sind.

Im Vergleich zur Bejahung eines Kontrahierungszwangs von Lieferanten zeigt sich die Rechtsprechung bei der Annahme einer Abnahmepflicht von marktbeherrschenden Nachfragern im Rahmen des § 20

214 OLG München WuW/E OLG 5898, 5901 – *Zahnersatz*.

215 Vgl. BGH WuW/E BGH 2805, 2809 – *Stromeinspeisung*. Die Rechtsprechung zieht den Maßstab der vermiedenen Kosten allerdings bei der Stromeinspeisung unter Hinweis auf die hier geltenden besonderen energiepolitischen Gründe heran, vgl. *Bechtold*, *GWb*, 6. Aufl. 2010, § 20 Rn. 51 aE m.N.

216 BGH WuW/E DE-R 220, 221 – *U-Bahn-Buchhandlungen*; BGH WuW/E BGH 2491, 2495 – *Opel Blitz*; OLG Celle, WuW/E DE-R 581, 583 – *VAG-Vertrieb*; *Deister* in *Schulte/Just*, *Kartellrecht*, 2012, § 20 *GWb* Rn. 86.

217 *K. Westermann* in *MünchKomm zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht*, Bd. 2 *GWb*, 2008, § 20 Rn. 110 unter Hinweis auf die *Stromeinspeisungsfälle*.

Abs. 1 GWB freilich deutlich zurückhaltender.²¹⁸ Die Normadressaten sollen nur dann zur Abnahme von Produkten oder Dienstleistungen verpflichtet sein, wenn keine ihre Entscheidungsfreiheit weniger einschränkende Maßnahmen in Betracht kommen,²¹⁹ sie also praktisch die einzigen Abnehmer für die Unternehmen auf der Marktgegenseite sind und sich die Bezugsverweigerung faktisch als Marktzugangssperre auswirkt.²²⁰

Genau das wäre hier aber der Fall: Den gewerblichen Lottovermittlern steht für jeden von ihnen gewonnenen Kunden aufgrund der Regionalisierung lediglich das Lottounternehmen im Heimatland des Lottospielers als Abnehmer für dessen Tippschein zur Verfügung. Eine Verweigerung von Vertragsabschlüssen mit gewerblichen Spielvermittlern durch die Lottogesellschaften würde auf eine bestandsgefährdende Marktzugangssperre hinauslaufen. Eine solche ist nur unter ganz engen Voraussetzungen einer sachlichen Rechtfertigung zugänglich.²²¹ Diese sind hier nicht erfüllt. Zudem gefährdet ein Kontrahierungszwang der Lottogesellschaften gegenüber den gewerblichen Lottovermittlern gerade nicht den Markterfolg der Lottoveranstalter.²²² Das Bundeskartellamt und das OLG Düsseldorf haben folgerichtig für die Landeslottogesellschaften im Verhältnis zu den gewerblichen Spielvermittlern einen Kontrahierungszwang ausdrücklich als gegeben angesehen:²²³

218 Vgl. BGH WuW/E BGH 2399, 2405 – *Krankentransporte*. WuW/E BGH 3104, 3106 f. – *Zuckerrübenanlieferungsrecht II*; Bechtold, GWB, 6. Aufl. 2010, § 20 Rn. 60; Markert in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, GWB, 4. Aufl. 2007, § 20 Rn. 208 (der Bezugsfreiheit der Nachfrager ist grds. größerer Spielraum einzuräumen als der Lieferfreiheit der Produzenten).

219 BGH WuW/E BGH 2683, 2687 – *Zuckerrübenanlieferungsrecht*.

220 BGH WuW/E BGH 2707, 2716 f. – *Krankentransporte II*; Deister in Schulte/Just, Kartellrecht, 2012, § 20 GWB Rn. 125. Im Fall BGH WuW/E BGH 2990, 2996 – *Importarzneimittel* wurde eine Pflicht der Pharmagroßhändler zum Bezug preisgünstiger Arzneimittel aus dem Ausland auch deshalb bejaht, weil nur so das Ziel der Kostenersparnis durch die Gesundheitsreform erreicht werden könnte. Ausführlich zur Beurteilung von Bezugssperren durch marktmächtige Nachfrager Markert in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, GWB, 4. Aufl. 2007, § 20 Rn. 210 ff. m.w.N.

221 Vgl. K. Westermann in MünchKomm zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Bd. 2 GWB, 2008, § 20 Rn. 107 m.w.N.

222 Vgl. zu diesem Aspekt, der eng mit dem fehlenden Absatzrisiko des Leistungsempfängers zusammenhängt, BGH WuW/E BGH 2990, 2996 – *Importarzneimittel*.

223 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.6.2007, VI-Kart 15/06 (V), amtl. Umdruck S. 28; vgl. auch BKartA, Beschl. v. 26.8.2006, Az. B10-148/05 – *Deutscher Lotto* →

Hinzu kommt, dass die beherrschende Stellung den Lottogesellschaften durch staatliche Maßnahmen zugewachsen ist.²²⁴ Daraus resultiert eine besondere Verantwortung und weitere Einschränkung etwaiger sonstiger wettbewerblicher Verhaltensspielräume. Der Umstand, dass die Lottogesellschaften auch den eigenen Vertrieb über das Internet forcieren, sei es über die eigene Homepage, sei es über das gemeinsame Eingangsportal www.lotto.de, und damit direkt in Konkurrenz zu den gewerblichen Vermittlern bei der Kundenakquise treten, ändert daran nichts. Zwar gilt nach wie vor der Grundsatz, dass kein Unternehmen, selbst wenn es marktbeherrschend ist, verpflichtet ist, einen (potentiellen) Mitbewerber zum eigenen Schaden zu fördern.²²⁵ Dieser Grundsatz wird jedoch durch die Pflicht zur Gewährung angemessener Konditionen, insbesondere hinsichtlich der Provisionshöhe, für die Vermittlung von Lottospielaufträgen durch die jeweilige Landeslottogesellschaft als der einzigen Nachfragerin nach dieser Leistung nicht tangiert.

Zur Konkretisierung der Angemessenheit der Vermittlungsprovision kann zum einen in zeitlicher Hinsicht auf die früher üblichen Provisionen abgestellt werden. Danach war es bis zum Inkrafttreten des ersten Glücksspielstaatsvertrages offenbar üblich, an gewerbliche Vermittler eine Provision in Höhe von ca. 9% des Spieleinsatzes (und der Bearbeitungsgebühr) zu zahlen. Weitere Anhaltspunkte für die Höhe einer angemessenen Provision ergeben sich aus den heute den stationären Lottoannahmestellen gewährten materiellen Gesamtprovisionen (Gesamtbetrag aus Geldzahlungen und vermögenswerten Sachleistungen). Eine abweichende Bemessung der an unabhängige gewerbliche Vermittler gezahlten Provisionen, die insoweit gleichartige Unternehmen i.S.d. § 20 Abs. 1 GWB darstellen, bedürfte einer konkreten sachlichen Rechtfertigung. Diese ist, wie dargelegt, nicht erkennbar. Im Übrigen ist nochmals darauf hinzuweisen, dass im Rahmen des Diskriminierungsverbots

→ und Totoblock, Rn. 509 („Die Lottogesellschaften stellen faktisch die einzigen Nachfrager nach den Leistungen der gewerblichen Spielvermittler auf dem Markt für die bundesweite gewerbliche Spielvermittlung dar. ... Die gewerblichen Spielvermittler benötigen den Zugang zu den elektronischen Schnittstellen der Lottogesellschaften, um ihre Leistungen anbieten zu können, dies gilt insbesondere auch für die Vermittlung von Lotterien über stationäre Vermittlungsstellen.“).

224 OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 4601, 4608 – Interlining.

225 Dazu BGH WuW/E BGH 2755, 2759 – Aktionsbeträge; OLG München WuW/E DE-R 1270, 1273 – GSM Wandler; KG WuW/E DE-R 1274, 1278 – GSM-Gateway; Bechtold, GWB, 6. Aufl. 2010, § 20 Rn. 42, 55 aE m.w.N.



nach § 20 Abs. 1, Abs. 2 GWB 2005 (§§ 19 Abs. 2 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB 2013) die Gründe für eine sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung vom Normadressaten darzulegen und ggf. zu beweisen sind.²²⁶

E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Das Angebot von Lottospielen ist trotz einer einheitlichen bundesweiten Ziehung der Lottozahlen sowie der über den DLTB bundeseinheitlich festgelegten Gewinnklassen und Quoten rechtlich auf 16 einzelne Veranstaltungen der jeweiligen Landeslottogesellschaften aufgespalten. Da sich die Konditionen für die Spielteilnahme teilweise (z.B. hinsichtlich der Bearbeitungsentgelte) voneinander unterscheiden, bestehen insoweit räumlich separate Märkte für jedes einzelne Bundesland. Dabei verfügt die jeweilige Landeslottogesellschaft für ihr Bundesland faktisch über ein Monopol für das Angebot von Lotto. Die räumliche Separierung der Lotteriemärkte und die Schaffung länderbezogener faktischer Monopole für das Lottoangebot stellt für sich noch keine dem europäischen Kartellrecht widersprechende wettbewerbswidrige staatliche Maßnahme i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AEUV dar, sofern dafür eine hinreichende ordnungsrechtliche Legitimation existiert und die unionsrechtlichen Anforderungen an ein durch nationale Regelungen begründetes Glücksspielmonopol beachtet werden.

Im Gegensatz zum Angebot von Lotto ist die gewerbliche Lottovermittlung und die Nachfrage nach entsprechenden Vermittlungsleistungen nicht von vornherein auf die räumlichen Grenzen eines Bundeslandes beschränkt. Trotz des mit dem GlüÄndStV eingeführten länderspezifischen Erlaubnisvorbehalts für die gewerbliche Lottovermittlung bleibt Raum für einen länderübergreifenden, bundesweiten Nachfragewettbewerb um die gewerbliche Vermittlung von Spielscheinen. Ein solcher Wettbewerb, der vor dem GlüStV 2008 tatsächlich existierte und auch unter den gegenwärtigen rechtlichen Rahmenbedingungen möglich wäre, wird jedoch durch ein in der Verwaltungspraxis bei der Erteilung von Erlaubnissen an gewerbliche Vermittler durchgängig mittels Auflagen durchgesetztes Verbot einer die Landesgrenzen überschreitenden Quervermittlung von Lottotipps ausgeschaltet. Dadurch wird eine künstliche Segmentierung des bundesweiten Marktes für die gewerbliche Spielvermittlung erreicht und jeglicher Provisionswettbewerb zwischen

226 Deister in Schulte/Just, Kartellrecht, 2012, § 20 GWB Rn. 107 m.w.N.

Landeslottogesellschaften verhindert. Die Folge ist eine Marktaufteilung zwischen den Lottogesellschaften, die einem strikten Gebietskartell bei der Nachfrage nach gewerblichen Spielvermittlungsleistungen entspricht. Dabei tritt die verwaltungsrechtliche Auflagenpraxis funktional an die Stelle der früheren höchstrichterlich untersagten Absprachen der Lottogesellschaften zur Regionalisierung der erzielten Umsätze.

In der strikten Unterbindung einer die Landesgrenzen überschreiten- den gewerblichen Spielvermittlung liegt eine dem Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 101 AEUV widersprechende staatliche Maßnahme in Bezug auf die Tätigkeit der Lottogesellschaften als öffentliche Unternehmen. Die länderspezifische territoriale Allokation der erzielten Umsätze ist weder aus ordnungs- noch aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten. Maßgeblich für die Verhinderung einer länderübergreifenden Quervermittlung von Lottotipps, die auch geeignet ist, den deutschen Markt insgesamt gegenüber potentiellen Anbietern gewerblicher Spielvermittlung aus dem Ausland abzuschotten, sind vielmehr fiskalische Gründe. Etwaige Effizienzvorteile durch die regionale Aufteilung sind nicht ersichtlich, so dass eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ausscheidet.

Die Parzellierung des eigentlich bundesweiten Marktes für gewerbliche Spielvermittlung in 16 jeweils eigenständigen Gebiete, für die jeweils nur eine Lottogesellschaft als Nachfrager nach dieser Dienstleistung für die in ihrem Gebiet ansässigen Kunden in Betracht kommt, verschafft den Lottogesellschaften insoweit jeweils eine monopolartige Stellung und damit zugleich die naheliegende Möglichkeit zum Missbrauch von Marktmacht. Denn hierdurch wird die Gefahr der Ausbeutung der Lottovermittler durch Zahlung unangemessen niedriger Provisionen (oder gar die völlige Verweigerung von Provisionszahlungen) begründet. Zudem führt die kleinteilige Regionalisierung zu erheblichen Kostensteigerungen und einer künstlichen Erhöhung der Marktzutrittschranken für potentielle Konkurrenten. Die überregional und grenzüberschreitend tätigen Vermittler werden hierdurch in ihrer Geschäftstätigkeit erheblich behindert. Vor dem Hintergrund einer strukturellen Benachteiligung gegenüber den stationären Lottoannahmestellen einerseits und der eigenen, bundesweit koordinierten Internetaktivitäten der Lottogesellschaften über das gemeinsame Portal www.lotto.de andererseits besteht sogar die Gefahr, dass die gewerblichen Lottovermittler in missbräuchlicher Weise letztlich ganz vom Markt verdrängt werden. Daher liegt auch eine wettbewerbswidrige Maßnahme der Bundesländer nach Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 102 AEUV vor.

Die Ausnahmevorschrift des Art. 106 Abs. 2 AEUV greift nicht ein, da jedenfalls nicht ersichtlich ist, dass die Anwendung des Kartell- und Missbrauchsverbots auf die Landeslottogesellschaften die Erfüllung der ihnen obliegenden ordnungsrechtlichen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindern würde. Insbesondere würde ein unbeschränkter bundesweiter Provisionswettbewerb der Lottogesellschaften nicht zu einer Gefährdung ihrer finanziellen Basis oder wirtschaftliche Lebensfähigkeit führen. Die Wettbewerbswidrigkeit des strikten Verbots der länderübergreifenden Quervermittlung von Lottotipps unter Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 101, 102 AEUV hat zur Konsequenz, dass die entsprechenden Regelungen nicht angewandt werden dürfen.

Auch unter dem gegenwärtigen Regelungsregime des GlüÄndStV und der zu seiner Umsetzung ergangenen Glücksspielgesetze der Länder haben die Landeslottogesellschaften die Möglichkeit sowie hinreichende wirtschaftliche Anreize zur Ausdehnung ihrer Tätigkeit auf andere Bundesländer. Sie könnten zur Gewinnung von Kunden in Regionen außerhalb ihres eigenen Landes die dafür erforderlichen Erlaubnisse anderer Bundesländer beantragen und hätten mangels entgegenstehender ordnungsrechtlich zwingender Gründe auch durchaus gute Aussichten, sie zu erhalten. Dass die Lottogesellschaften davon absehen, entsprechende Anträge zu stellen, beruht mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht auf einer jeweils autonom getroffenen unternehmerischen Entscheidung. Vielmehr sprechen zahlreiche Indizien dafür, dass insoweit eine einvernehmliche, koordinierte Beschränkung der jeweiligen Tätigkeit der Lottogesellschaften auf das Territorium ihres Sitzbundeslandes erfolgt. Darin läge eine spürbare Beschränkung potentiellen Wettbewerbs, die auch einen zwischenstaatlichen Bezug aufweist, da sie das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaates erfasst, und nicht nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt ist.

Mit der Einrichtung des zentralen Internet-Portals www.lotto.de koordinieren die Landeslottogesellschaften ihren Online-Vertrieb. Angesichts der Existenz von 16 separaten, jeweils auf ein Bundesland beschränkten Märkten für das Angebot von Lotto handelt es sich um eine marktübergreifende Vertriebskooperation. Ihr Zweck erschöpft sich nicht darin, den direkten Zugang der Lottogesellschaften zum Endkunden im Online-Geschäft zu verbessern („Anbahnungs- und Kanalisierungsfunktion“. Vielmehr dient die gemeinsame Plattform zugleich der Durchführung und Absicherung des Regionalitätsprinzips, indem die Online-Kunden jeweils ausschließlich an die Lottogesellschaft ihres Heimatbundeslandes weitergeleitet werden.

Zwischen den Landeslottogesellschaften besteht zwar wegen der Existenz von 16 parallelen (faktischen) Monopolstellungen beim Angebot und Vertrieb von Lotto keine aktuelle Konkurrenz, wohl aber ein potentielles Wettbewerbsverhältnis. Denn die Landeslottogesellschaften wären in der Lage und hätten bei objektiver Betrachtung auch einen wirtschaftlichen Anreiz, das von ihnen jeweils veranstaltete Lottospiel bundesweit zu vermarkten und Lottotipps aus anderen Bundesländern zu akquirieren, sei es über den eigenen Internetauftritt oder Einsatz von Fernkommunikationsmitteln, sei es über die Einschaltung gewerblicher Vermittler, wie es in der Vergangenheit bereits geschehen ist. Der dafür erforderlichen Erteilung entsprechender Erlaubnisse stehen keine ordnungsrechtlichen Bedenken entgegen.

Mit der Schaffung der gemeinsamen Plattform www.lotto.de für den Internetvertrieb unter gleichzeitiger strikter Umsetzung der Regionalisierung der auf diesem Weg akquirierten Umsätze erstrecken die Landeslottogesellschaften jedoch die zwischen ihnen bestehende Gebietsaufteilung beim Angebot von Lotto auf diesen Vertriebsweg, schließen potentiellen Wettbewerb untereinander aus und sichern die territoriale Marktaufteilung ab. Darin liegt eine bezweckte und bewirkte spürbare Beschränkung des Wettbewerbs unter Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV sowie § 1 GWB. Mögliche Auswirkungen auf das Volumen des bundesweiten Nachfragemarkts nach gewerblichen Lottovermittlungsleistungen begründen zwar für sich genommen keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung. Die Einrichtung der gemeinsamen Plattform erhöht jedoch die Marktzutrittsschranken für Spielvermittler im Online-Vertrieb und dient darüber hinaus vor allem auch als Instrument für eine Verhaltensabstimmung der Landeslottogesellschaften, sich bei ihrer Nachfrage nach Vermittlungsleistungen jeweils auf die Vermittlung der in ihrem Bundesland ansässigen Lottospieler zu beschränken. Somit wird auch auf dem bundesweiten Markt für die Nachfrage nach gewerblichen Lottovermittlungsleistungen eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung im Sinne einer regionalen Parzellierung bewirkt.

Darüber hinaus führt die Bündelung des Internetangebots der Landeslottogesellschaften über www.lotto.de auch zu einer Beschränkung des Wettbewerbs bei der Nachfrage nach anderen vertriebsunterstützenden externen Dienstleistungen, insbesondere nach Werbeplätzen und der Platzierung von Lottomodulen. Wegen der frühzeitigen strategischen Besetzung wichtiger Internetportale durch www.lotto.de und der Existenz nur weniger, ebenso effektiver Alternativen ist nicht auszuschließen, dass die Verminderung der Zahl der potentiellen Nachfrager nach

der Platzierung von Lottomodulen bereits die Schwelle der Spürbarkeit überschreitet.

Die Bedingungen der Legalausnahme nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB sind nicht erfüllt. Wegen der parallelen Aufrechterhaltung der eigenen Internetportale der Landeslottogesellschaften sind keine nennenswerten Kosteneinsparungen im Internetvertrieb zu erwarten. Auch wenn die Schaffung eines bundeseinheitlichen Portals als zentraler Zugang zum Online-Angebot der Lottogesellschaften möglicherweise eine qualitative Verbesserung des Lottoangebots bzw. -vertriebs begründet, ist dafür eine strikte regionale Allokation der erzielten Umsätze nicht erforderlich, sobald Lottogesellschaften über eine Erlaubnis zum Angebot von Lotto auch in anderen Bundesländern verfügen. Gegenwärtig ist das zwar noch nicht der Fall, die Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB scheitert aber jedenfalls am Kriterium der Ausschaltung des Wettbewerbs, da die einzelnen Lottogesellschaften in ihrem Bundesland jeweils über ein faktisches Monopol für das Angebot von Lotto und alle Lottogesellschaften über eine kollektive marktbeherrschende Stellung bei der Nachfrage nach Lottovermittlungsleistungen verfügen.

Bei ihren Vereinbarungen mit gewerblichen Vermittlern müssen die Landeslottogesellschaften wegen ihrer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung auf dem bundesweiten Nachfragemarkt für Lottovermittlungsleistungen als Normadressaten die Vorgaben der Art. 102 AEUV, §§ 19, 20 GWB beachten; insbesondere dürfen sie die unabhängigen gewerblichen Vermittler gegenüber den stationären Lottoannahmestellen nicht diskriminieren. Beide Gruppen von Unternehmen sind wegen der gleichen wirtschaftlichen Grundfunktion, die sie im Geschäftsverkehr mit den Lottogesellschaften der Länder wahrnehmen, als gleichartige Unternehmen i.S.d. § 20 Abs. 1 GWB 2005 (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB 2013) zu qualifizieren. Die Lottogesellschaften behandeln sie gleichwohl unterschiedlich, indem sie nur den stationären Lottoannahmestellen Unterstützung bei der technischen Ausrüstung und Anbindung für die Entgegennahme und Weiterleitung der Lottotipps gewähren; zudem erhalten die gewerblichen Lottovermittler in vielen Bundesländern nur eine erheblich geringere Nettoprovision auf die vermittelten Spielumsätze und Bearbeitungsgebühren der Lottogesellschaften.

Diese asymmetrischen (in Einzelfällen sogar gänzlich verweigerten) Provisionszahlungen und einseitigen Zuwendungen von sonstigen geldwerten Vorteilen stellen im Ergebnis eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von stationären Lottoannahmestellen und gewerb-

lichen Lottovermittlern dar. Im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB ergibt sich, dass die Lottogesellschaften den stationären Lottoannahmestellen zwar in begrenztem Umfang Hilfestellungen technischer Art und in Bezug auf Werbemittel zur Verfügung stellen dürfen, soweit dies zur Gewährleistung einer breiten Repräsentanz in der Fläche erforderlich ist.

Die unterschiedliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Vertriebspartners oder das geringere Kundenpotential ist aber kein geeignetes Kriterium für eine Differenzierung bei der Provisionshöhe. Gleiches gilt für die rechtliche Ausgestaltung der Vertragsbeziehung (ähnlich einem Handelsvertreter oder als selbstständiges Vermittlerverhältnis) sowie für die Integration in die Vertriebsorganisation der Lottogesellschaft. Da die Provision ökonomisch eine Erfolgsprämie für die tatsächliche Zuführung von Spieleinsätzen ist und der durch die Vermittlung herbeigeführte Nutzen für den Spielveranstalter weder von den genannten Kriterien beeinflusst wird noch von der Art der Vermittlung (stationär, online oder auf sonstige Weise) abhängt, existiert kein sachlich berechtigter Grund für die Zahlung unterschiedlich hoher Provisionen an stationäre Annahmestellen einerseits und unabhängige gewerbliche Lottovermittler andererseits. Für die Frage der wirtschaftlichen Gleichbehandlung zwischen beiden Gruppen von Absatzmittlern ist dabei nicht nur auf die gezahlten Geldbeträge abzustellen. Vielmehr sind alle geldwerten Vorteile, die im Zusammenhang mit der Akquirierung von Spielscheinen gewährt werden, einzubeziehen. Entscheidend ist der materielle Gesamtbetrag der von der Lottogesellschaft erbrachten Gegenleistung.

Die derzeitige asymmetrische Provisionspraxis lässt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer größeren Freiheit der Konditionengestaltung auf Seiten marktbeherrschender Nachfrager rechtfertigen. Vielmehr stellt die erhebliche Reduzierung und vereinzelt sogar gänzliche Verweigerung von Provisionszahlungen an gewerbliche Lottovermittler eine systematische Ungleichbehandlung gegenüber den stationären Annahmestellen dar, welche die wettbewerbliche Chancengleichheit der gewerblichen Lottovermittler massiv beeinträchtigt. Dabei profitieren die Lottogesellschaften nicht etwa nur von einem im Markt bestehenden Preisgefälle, sondern nutzen konsequent ihre durch das durchgehend praktizierte Verbot der landesübergreifenden Quervermittlung nochmals gesteigerte Marktmacht aus, die zu einer besonders starken Abhängigkeit der Lottovermittler führt, da ihnen für die in einem Bundes-

land akquirierten Lottotipps jeweils nur die hierfür „zuständige“ Landeslottogesellschaft als (möglicher) Vertragspartner zur Verfügung steht.

Da die Lottogesellschaften jeweils praktisch die einzigen Abnehmer für die von gewerblichen Vermittlern eingeworbenen Spieltipps sind und sich eine Bezugsverweigerung faktisch als bestandsgefährdende Marktzugangssperre auswirken würde, unterliegen die Landeslottogesellschaften als einzige Nachfrager im Verhältnis zu den gewerblichen Vermittlern einem kartellrechtlichen Kontrahierungszwang: Sie sind verpflichtet, die ihnen von den gewerblichen Vermittlern zugeführten Lottoscheine zu angemessenen Konditionen abzunehmen. Zur Konkretisierung der Angemessenheit der dafür zu zahlenden Vermittlungsprovision kann zum einen auf die früher (vor dem GlüStV 2008) üblichen Provisionen, zum anderen auf die derzeit den stationären Lottoannahmestellen gewährte materielle Gesamtprovision (Gesamtbetrag aus Geldzahlung und vermögenswerten Sachleistungen) abgestellt werden.

Schriftenreihe zum Europäischen Glücksspielrecht

Herausgegeben von RA Michael Schmittmann,
Partner Heuking Kühn Lüer Wojtek (Düsseldorf)



Bd. 1: 520 S. München
(2013). Preis: € 29,-
ISBN:
978-3-939438-19-9



Bd. 3: 230 S. München
(2012). Preis: € 32,-
ISBN:
978-3-939438-16-8



Bd. 4: 154 S. München
(2013). Preis: € 26,-
ISBN:
978-3-939438-19-9

Bd. 1: Glücksspielrecht – Textsammlung, 2. Auflage

Eine aktuelle Textsammlung zum Glücksspielrecht in Deutschland (Bundesrecht, Landesrecht) mit ausgewählter deutscher und EuGH-Rechtsprechung, herausgegeben und eingeleitet von RA Dr. Dirk Uwer.
2. Auflage. Stand Juli 2013.

Bd. 2: Auf dem Weg zum Glücksspielstaatsvertrag 2012

Der Band dokumentiert die Referate am 1. Düsseldorfer Symposium zum Glücksspielrecht, mit Beiträgen von Brock, Hilf, Jacobs, Luedtke, Nolte, Umbach, Uwer, Wittmann.

Bd. 3: Neuordnung des Glücks- und Gewinnspielmarktes in Deutschland

Juristisches Pressefachgespräch am 22. 11. 2011 im Bundespresseamt, Berlin, zur Neuordnung des Gewinnspiels in Spielhallen und Gaststätten – Tagungsbericht, Thesen und Gutachten (Hermann/Hufen/Kauder/Koch/Schneider/Uwer)

Bd. 4: Glücksspielrecht im Spiegel der europäischen Rechtsentwicklung

Der Band dokumentiert die Referate am 2. Düsseldorfer Symposium zum Glücksspielrecht, mit Beiträgen von Schmittmann, Uwer, Dahms, Schelter, von Boetticher, Masing, Sandford (Betting and Gaming in the UK), Richard (French gambling market) und Brock

Medien und Recht Verlag - mur-verlag.de
Wien - München